

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL



ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE AUTOR E IMPACTOS DA PIRATARIA

Luis Gustavo Minatti

N.º 22667

Lisboa, Dezembro de 2014.

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO

MESTRADO CIENTÍFICO EM DIREITO INTELECTUAL



ANÁLISE ECONOMICA DO DIREITO DE AUTOR E IMPACTOS DA PIRATARIA

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa como requisito parcial à obtenção do título de mestre em Direito Intelectual.

Orientador: Professor Doutor Fernando Araújo

Lisboa, Dezembro de 2014.

## RESUMO

A presente dissertação tem como objetivo desenvolver o atual «*estado da arte*» da Análise Econômica do Direito de Autor, e desvendar os impactos econômicos que a «pirataria» reverte na criação e fruição de obras artísticas, científicas e literárias. Sabendo-se que o estabelecimento de mecanismos legais de proteção gera tensão entre as dicotômicas posições de incentivo e acesso à criação autoral, busca-se saber em qual medida a manutenção, enrijecimento ou abrandamento do exercício dos direitos de autor é eficiente, através da maior ou menor tolerância com a prática da «pirataria».

## Palavras-Chave

Análise Econômica do Direito; Propriedade Intelectual; Direito de Autor; Análise Econômica do Direito de Autor; Economia do Direito de Autor; Economia da Cópia; Pirataria; Impactos Econômicos da Pirataria.

## **ABSTRACT**

This thesis aims to develop the current «state-of-the-art» of the Economic Analysis of Copyright Law, and uncover the economic impacts that «piracy» has on the creation and utilization of artistic, scientific and literary works. Knowing that the establishment of copyright law generates tension between the dichotomous positions of incentive and access to creation of copyrighted works, we seek to discover in what degree the maintenance, stiffening or softening of copyright law is efficient, through greater or less tolerance of «piracy».

## **Key-Words**

Economic Analysis of Law; Law and Economics; Intellectual Property; Copyright Law; Economics Analysis of Copyright Law; Economics of Copyright Law; Economics of Copying; Piracy; Economic Impacts of Piracy.

## SUMÁRIO

INTRODUÇÃO .....	7
<b>1. PRESSUPOSTOS.....</b>	<b>10</b>
1.1. Propriedade Intelectual e Direito de Autor.....	10
1.2. Complexa Natureza Jurídica e Opção pelos « <i>Property Rights</i> » .....	11
1.3. <i>Droit d'Auteur</i> vs. <i>Copyright</i> .....	15
1.4. Princípios Gerais de Análise Econômica do Direito .....	18
1.5. Limites de Ética e Justiça .....	21
<b>2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE AUTOR .....</b>	<b>26</b>
2.1. O Problema das Falhas de Mercado para Criações Autorais .....	26
2.1.1. Bens Públicos .....	27
2.1.2. Externalidades .....	28
2.1.3. Efeito «Boleia» ou « <i>Freerider</i> ».....	30
2.1.4. Cópias e Inaplicabilidade do Sistema de Preços .....	32
2.1.5. Semelhança com os Bens de Informação.....	33
2.1.6. Abordagem pela Teoria dos Jogos.....	35
2.2. Direito de Autor como Solução.....	39
2.2.1. Incentivo Privado na Produção de Bens Públicos .....	39
2.2.2. Racionalidade da Apropriação .....	42
2.2.3. Balança entre Incentivo e Acesso.....	46
2.3. Estrutura Econômica do Direito de Autor.....	52
2.3.1. Proteção da Materialização da Expressão da Ideia.....	52
2.3.2. Cópia não Intencional e Desnecessidade de Registro.....	55
2.3.3. Originalidade .....	58
2.3.4. Limites ou « <i>Fair Use</i> » .....	60
2.3.5. Obras Derivadas.....	62
2.3.6. Duração Ótima do Direito de Autor.....	64

<b>3. IMPACTOS ECONÔMICOS DA PIRATARIA .....</b>	<b>69</b>
3.1. Economia da Cópia .....	69
3.1.1. Modelo Mediado de Produção Autoral.....	70
3.1.2. Cópia: Razão de Formação e Proteção da Indústria <i>Copyright</i> .....	71
3.1.3. Digitalização e Novos Meios de Comunicação.....	74
3.1.4. A «Pirataria».....	77
3.2. Efeitos Econômicos da «Pirataria» .....	80
3.2.1. No Mercado de Originais.....	80
3.2.2. Apropriação Indireta.....	82
3.2.3. Externalidades de Rede .....	85
3.2.4. Superação da Assimetria Informativa .....	87
3.3. Aspectos Econômicos Atuais da «Pirataria».....	89
3.3.1. Ciberespaço e Quebra do Paradigma de Incentivos .....	89
3.3.2. Alternativas ao Direito de Autor .....	94
3.3.3. Salto Tecnológico e Partilha de Ficheiros: Pirataria ou Evolução? .....	98
<b>CONCLUSÃO .....</b>	<b>102</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>107</b>

## INTRODUÇÃO

Ainda mal compreendida nos países que não compartilham suas origens e tradição, a Análise Econômica do Direito se firmou como importante ferramenta para a interpretação e construção dos fenômenos jurídicos modernos, e há quem diga tratar-se da maior descoberta no campo do direito no século 20<sup>1</sup>.

A propriedade intelectual tem claros fundamentos econômicos, e gera reflexos econômicos, que são levados em consideração em qualquer análise que se faça da matéria, mesmo que de modo não intencional ou explícito. Isso faz com que o Direito de Autor seja natural destinatário de abordagens econômicas diretas, e sirva, portanto, de fértil campo para a aplicação das intuições da Análise Econômica do Direito, como vem sendo realizado com maior ênfase nas últimas três décadas.

A Análise Econômica do Direito de Autor é relevante para a compreensão mais realística do papel que os mecanismos legais de proteção de obras autorais desempenham, e tem boa aptidão para acompanhar a evolução da matéria, especialmente diante das revolucionárias tecnologias que se fazem sentir no mundo contemporâneo e que implicam constantes e substanciais mudanças de perspectivas na condução do tema.

Anteriormente ao enfrentamento do objeto de estudo, optou-se por superar alguns pressupostos que servem de noções gerais à regular assimilação do trabalho. Assim, inicialmente se discorrerá sobre as características mais elementares dos bens protegidos por Direito de Autor, sua complexa natureza jurídica de bem incorpóreo, diferentes sistemas de proteção aplicados em âmbito mundial e possibilidade de aproximação com a Análise Econômica do Direito. Serão também expostos os princípios gerais e limites desta última.

Após, buscar-se-á traduzir a essência da Análise Econômica do Direito de Autor, bem como identificar e entender o impacto econômico que as reproduções desautorizadas, – prática comumente chamada pelo mais enfático termo «pirataria» –, representam nos atuais moldes tecnológicos e sociais.

O primeiro objeto, ainda que essencial à compreensão do segundo, não deve, entretanto, ser encarado como um mero pressuposto, e sim como uma finalidade em

---

<sup>1</sup> Cfr. Posner, R.A. (2003), 31; Cooter, R. & T. Ulen (2010), 24.

si. Trataremos de delinear o atual «*estado da arte*» da Economia do Direito de Autor, procurando estabelecer quais são os problemas que fazem o sistema tradicional de mercados liberais falhar diante de bens intelectuais, as soluções encontradas através de regimes apropriativos, sua racionalidade e reflexos sociais decorrentes. Tratar-se-á também de desenvolver a elementar estrutura econômica dos regimes de Direito de Autor, perquirindo as razões de eficiência ou ineficiência por trás de cada uma das lógicas inerentes a esse tipo de mecanismo.

Em segundo momento, adentraremos em área conexa ao mais amplo objeto *Análise Econômica do Direito de Autor*, mas que dá destaque à chamada *Economia da Cópia*, cujo foco são as cópias de obras autorais, a evolução dos meios tecnológicos que permitem sua ampla e irrestrita reprodução e circulação, e a consequente prática da «pirataria», em ambiente que respeita à indústria formada entorno ao *copyright*.

Assim, não é errado dizer que o trabalho constituir-se-á de duas temáticas, vinculadas e interdependentes, mas distintas entre si, ainda que, evidentemente, o desenvolvimento de uma aproveite à outra. Pretende-se, enfim, obter tanto uma melhor compreensão do mecanismo em si, como oferecer um mais maduro entendimento acerca da «pirataria» e seus reais reflexos no ato de criação e fruição de bens intelectuais hodiernamente.

Dotados desses elementos, ao final esperamos, através da lupa econômica, ter condições de concluir pela medida de eficiência no estabelecimento de direitos de autor, notadamente diante das *Economias Criativas* e inovações tecnológicas, atualmente fundamentais para o desenvolvimento econômico, social e cultural dos povos ao redor do mundo.

Qualquer que seja a análise que se destine aos Direitos de Autor, dificilmente será isenta de paixões e profundas controvérsias, que espelham desde as complexas características do bem imaterial, passando por sua inerente vinculação ao dinâmico campo da tecnologia, à perpétua tensão que gera entre binários interesses conflitantes envolvidos no estabelecimento de mecanismos legais de proteção.

Uma Análise Econômica do Direito de Autor, e que enfrente o tema «pirataria», reconhecidamente cercado de interesses financeiros e *lobbies* por todos os lados, não haveria de ser diferente. No entanto, proceder em uma análise econômica pode ser de grande valia justamente para os casos como do presente



estudo, em que se pretende desanuviar falsas certezas e dogmas, como tantos são os existentes em sede de direitos autorais, e permitir-nos responder, desapassionadamente, às proposições acima, de um modo mais lógico e científico, ainda que se saiba e não se pretenda que as conclusões econômicas alcançadas suplantem, sem critérios, outras abordagens e perspectivas da doutrina jurídica padrão.

Por último cumpre frisar que não se adotou um regime legal específico como modelo para o estudo, preferindo-se trabalhar uma análise econômica de cunho mais amplo e principiológico, aplicável à generalidade das legislações e escolas tanto de *droit d'auteur* quanto *copyright*, o que é autorizado pela universalidade dos corolários e natural semelhança dos fundamentos econômicos entre as mais diversas legislações autorais nacionais. Isso não impedirá, porém, que se façam determinadas anotações referentes a regimes legais específicos, a exemplo do português, brasileiro ou até mesmo inglês e americano, quando for de notória validade prática, sem, contudo, pretender-se proceder em qualquer medida de direito comparado.

## 1. PRESSUPOSTOS

### 1.1. Propriedade Intelectual e Direito de Autor

Propriedade Intelectual é, em linhas gerais, o campo do direito que se dedica aos bens imateriais ou ativos intangíveis, originados pela capacidade de invenção e criação, próprias e exclusivas da *psique* humana. É também o termo comumente empregado para designar os mesmo bens em questão.

Como estrutura normativa, ramifica-se em duas distintas vertentes, nomeadamente o direito industrial e o direito de autor. O primeiro, voltado à técnica e aplicações na indústria ou comércio, traduz-se nas patentes de invenção, modelos de utilidade, desenhos ou modelos industriais, marcas de fábrica ou de comércio, marcas de serviço, nome comercial, indicações de proveniência ou denominações de origem<sup>2</sup>, e os cultivares.

Do lado do direito de autor ficam as obras artísticas, científicas e literárias<sup>3</sup>, ou seja, os bens da esfera cultural e do conhecimento humano, que apresentam “a mais extensa e a mais apetecida de todas as tutelas, dentro dos direitos intelectuais”<sup>4</sup>.

O direito de autor, objeto desta análise econômica, pode ser definido em sentido objetivo como ramo do direito que regula a proteção das obras intelectuais materializadas, e, em sentido subjetivo, como a permissão normativa de

---

<sup>2</sup> Definição do artigo 1º/2, da Convenção de Paris de 1883, relativo ao Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio (TRIPS/ADPIC).

<sup>3</sup> Nos termos do artigo 2º/1, da Convenção de Berna de 1886, criações protegidas por Direitos de Autor são “todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão, tais como: os livros, folhetos e outros escritos; as conferências, alocações, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantonimas; as composições musicais com ou sem palavra; as obras cinematográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo à cinematografia; as obras de desenho, pintura, arquitetura, escultura, gravura e litografia; as obras fotográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras de artes aplicadas; as ilustrações e as cartas geográficas; os planos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.”. Na esteira da modificação da lei norte-americana de 1969, o tratado da OMPI sobre Direito de Autor de 1996 elevou os programas de computador à condição de obra autoral, recebendo estes a mesma proteção e tratamento de obra literária, equiparação criticada por José de Oliveira Ascensão, que entende ser forçosamente ficcional. Para mais detalhes sobre a crítica, cfr. Ascensão, J.O. (2001), 9.

<sup>4</sup> Ascensão, J.O. (2008), 11.

aproveitamento privativo da obra intelectual criada, que é normalmente dirigida de início ao seu autor<sup>5</sup>.

Em resumo, trata-se do quadro normativo que tutela a criação literária, artística e científica, através da outorga de exclusivos<sup>6</sup> aos autores, em relação às suas obras – e também aos artistas intérpretes ou executantes –, e que os permitem “gozar dos produtos resultantes da reprodução, da execução ou da representação de suas criações”<sup>7</sup>.

## 1.2. Complexa Natureza Jurídica e Opção pelos «*Property Rights*»

Tudo quanto se relaciona à propriedade intelectual costuma estar em aberto. “Este fato torna o assunto empolgante e, ao mesmo tempo, confuso”<sup>8</sup>. A definição de sua natureza jurídica não é exceção: Nunca se alcançou pacificidade no tema<sup>9</sup>, havendo posições que vão de um extremo a outro, em termos de sua real fixação.

A imaterialidade do bem<sup>10</sup>, que abrange tanto faculdades de natureza patrimonial, pessoal e características do instituto da propriedade, reivindica “para o direito de autor, o reconhecimento de que não existe outro que lhe rivalize em complexidade”<sup>11</sup>.

Primeiramente entendida como propriedade como outra qualquer<sup>12</sup>, já há algum tempo não se ignora que a natureza incorpórea do bem impede a aplicação de um regime *tout court* de propriedade, daí derivando diferentes teses, conciliatórias ou não, em alguma medida, com a figura da apropriação.

---

<sup>5</sup> Leitão, L.M.T.M. (2011), 11.

<sup>6</sup> Ascensão, J.O. (2008), 11.

<sup>7</sup> Afonso, O. (2009), 10.

<sup>8</sup> Cooter, R. & T. Ullen (2010), 137.

<sup>9</sup> “A determinação da essência do direito de autor é um dos temas que mais controvérsia levanta no mundo do direito” – Ascensão, J.O. (2008), 646.

<sup>10</sup> “A par dos direitos, do trabalho humano e da energia, costuma-se falar de «bens imateriais» em relação às criações do espírito humano, as obras artísticas, científicas, literárias, ou os produtos da inventiva industrial”. Dantas, S.T. (1977), 229.

<sup>11</sup> Chaves, A. (1991), 106.

<sup>12</sup> Cfr. Leitão, L.M.T.M. (2011), 37.

Há aqueles como Coelho Rodrigues, Medeiros e Albuquerque e Philippon<sup>13</sup>, que em leitura de Gerber<sup>14</sup>, identificam o direito autoral como sendo um simples privilégio temporário, destinado à tutela das artes e ciências, sem reflexos na esfera pessoal do seu criador.

Outros, como Bluntschli, Neustetel, Gierke, Dahn e Gareis<sup>15</sup>, com esteio na filosofia de Kant, encaram-no como um direito da personalidade, cabendo proteção às criações por serem emanção inseparável e indistinguível da pessoa do seu criador.

Pode-se enxerga-los também como uma forma especial de propriedade, a dita propriedade espiritual na visão de Johann Stephan Pütter ou um direito incorpóreo na ótica de Eugène Pouillet<sup>16</sup>, bem como um instituto com caráter misto patrimonial e pessoal, como proposto por Piola Caselli e Morillot<sup>17</sup> e admitido possível por Joseph Kohler<sup>18</sup>.

Existem ainda as teorias de um direito sobre bem imaterial, defendida por Joseph Kohler<sup>19</sup>, a de que obras intelectuais constituem um direito de exclusivos, sustentada por Edmond Picard<sup>20</sup>, a concepção pluralista de Oscar Wächter<sup>21</sup>, a teoria do direito de clientela<sup>22</sup>, de Paul Roubier, entre outros entendimentos que ora mesclam as posições acima, ora apresentam-nas em diferentes palavras.

É inegável o mérito de cada uma destas teorias individualmente – seja pela identificação de fragilidades umas nas outras ou interessantes novas leituras que apresentam –, mas a própria numerosidade de propostas, muitas vezes controvertidas entre si, dá a dimensão da dificuldade de se alcançar unanimidade, ou, ao menos, maior segurança no trato do tema.

---

<sup>13</sup> Lara, F.T.R. (2010), 36.

<sup>14</sup> Leitão, L.M.T.M (2011), 38.

<sup>15</sup> Leitão, L.M.T.M (2011), 40; Lara, F.T.R (2010), 36.

<sup>16</sup> Leitão, L.M.T.M (2011), 39.

<sup>17</sup> Lara, F.T.R (2010), 36.

<sup>18</sup> Leitão, L.M.T.M (2011), 43.

<sup>19</sup> Ascensão, J.O. (2008), 69.

<sup>20</sup> Leitão, L.M.T.M. (2011), 42.

<sup>21</sup> Leitão, L.M.T.M. (2011), 43.

<sup>22</sup> Afirma que o direito intelectual seria uma terceira classe de direitos patrimoniais, rivalizada com direitos reais e de crédito. O que importaria seria sua função econômica de formar e manter clientela, no momento em que restringe os efeitos da concorrência em prol de seu detentor. Cfr. Ascensão, J.O. (2008), 684; Barbosa, D.B. (2010), 40.

A indefinição doutrinária acima poderia, por si só, obstar a continuidade do presente trabalho, forçando-nos a primeiramente revisar e buscar identificar a verdadeira natureza jurídica dos bens de propriedade intelectual, o que demandaria estudo específico, e que, ainda assim, não chegaria à solução definitiva do problema.

Em vistas da análise econômica que se pretende realizar, retenhamos apenas que, ainda que a propriedade intelectual não seja propriedade plena, como ocorre com a propriedade corpórea<sup>23</sup>, é lícito encará-la como propriedade, desde que realizada alguma sorte de adequação, como geralmente é feito pelas legislações específicas que regulamentam esses temas.

Não ignoramos que o entendimento dos direitos intelectuais como propriedade se dê por razões ideológicas, até mesmo “no mau sentido da palavra”<sup>24</sup>, como bem coloca José de Oliveira Ascensão. Nem tampouco que a aproximação do instituto da propriedade deva-se mais ao *status* e prestígio que carrega, do que propriamente a quesitos técnicos de similitude teórica<sup>25</sup>.

Com isso não se quer dizer, entretanto, que não haja semelhanças suficientemente aptas a permitir encará-la como propriedade *sui generis*<sup>26</sup>, através do emprego de certa tolerância dogmática, ainda que por razões de utilidade prática<sup>27</sup>. Deve-se evitar incorrer no erro de enfatizar preciosamente a ideia de «propriedade» em detrimento do mais fluido conceito «intelectual»<sup>28</sup>, sobretudo na abordagem econômica que se pretende.

<sup>23</sup> Cita-se, do lado das significativas diferenças entre propriedade intelectual e a propriedade padrão as maiores restrições que a primeira enfrenta em relação à segunda, seu caráter não exclusivista, o regulamento temporal, que a deixa não perpétua, etc. Quanto às similitudes, aponta-se a oponibilidade *erga omnes*, a disponibilidade do bem e os poderes de gestão.

<sup>24</sup> Ascensão, J.O. (2003), 89-90.

<sup>25</sup> Visão de Lafayette Pereira. Cfr. Lara, F.T.R. (2010), 54.

<sup>26</sup> “Em função do alto grau de correlação entre os privilégios da obra intelectual e a propriedade de bens corpóreos, bem como da presença de suas funções políticas, econômicas e social, constata-se que a propriedade intelectual é uma forma de propriedade *sui generis*, com algumas características diversas do direito de propriedade sobre bens corpóreos”. – Lara, F.T.R. (2010), 60.

<sup>27</sup> “Do facto de serem direitos absolutos não se infere que os direitos autorais sejam uma propriedade, ou um direito real. Os direitos reais são apenas uma categoria de direitos absolutos. Mas a qualificação como direito absoluto tem uma utilidade prática: é tornar aplicável ao direito de autor as regras emitidas a propósito dos direitos reais que se baseiem exclusivamente no caráter absoluto destes direitos e sejam compatíveis com a índole do direito de autor.” – Ascensão, J.O., 670-671.

<sup>28</sup> “The Reason for the term intellectual property is to distinguish the property of copyright ... from both personality and reality, and we should not make the mistake of emphasizing the term property over intellectual. Equating the different properties is logical error in the form of one-word-one-meaning fallacy, the assumption being that all property is entitled the same rights.” – Patterson, L.R. (2001) Cit. in The Allen Consulting Group (2003), 26.

Esse é, afinal, o modo de interpretação de maior afinidade com a escola da Análise Econômica do Direito, que antes de enxergar na propriedade a atribuição de inequívocos e indissociáveis poderes sobre alguma coisa, vê nos «*property rights*»<sup>29</sup> um acervo de direitos, ou «*bundle of rights*»<sup>30</sup> que abarca “todas as utilizações socialmente legítimas de recursos valiosos – definindo as posições e responsabilidades das pessoas”<sup>31</sup>.

Aceitar e aplicar este conceito mais fragmentário<sup>32</sup> é, portanto, afastar-se conscientemente de uma definição restritiva de direito subjetivo *in rem*, para associar-se à concepção mais solta, que permite aplicação à realidades econômicas diversas, com vocação “principalmente para esbater divergências entre benefícios e custos privados e sociais”<sup>33</sup>.

Encontramo-nos assim com liberdade para definir o alcance e necessidade dos incentivos de apropriação de direito de autor, o que, ainda que não nos autorize a rechaçar ou afirmar sua verdadeira natureza jurídica<sup>34</sup>, ao menos lançam as bases para a compreensão do papel polarizador entre acesso e exploração de recursos comuns ou bens com características de bens públicos, especialmente caros a essa matéria.

Neste sentido, quando se falar em apropriação de bens intelectuais ao longo deste trabalho, estar-se-á fazendo direta menção à atribuição de «*property rights*», de acordo com a mais afinada visão da Análise Econômica do Direito, como a atribuição de um feixe de direitos que geram incentivos e traçam os limites que

---

<sup>29</sup> Na esteira da opinião de Gustavo Henrique Barroso Franco, acreditamos que o uso de expressões consagradas, no idioma original, não fere, ou ao menos não deveria ferir o orgulho linguístico do redator e do leitor. No caso específico da língua inglesa, o uso de expressões consagradas no original parece manter fluida a leitura e melhorar a compreensão do texto, sem deixar perder importantes nuances conceituais do termo, que, por vezes, a exemplo do ora anotado, sequer tem coincidência com a realidade que conhecemos. Em interessante comentário, o ex-presidente do Banco Central brasileiro alerta seus leitores para se acostumarem com a prática, que entende não se tratar “de ofensa à língua portuguesa nem de entreguismo linguístico, mas apenas do chamado «uso consagrado», ou de algo que, com o tempo, se tornará um estrangeirismo e acabará, depois de mais algum tempo, incorporado ao vernáculo. Alguém se lembra de onde veio «futebol»? Na língua castelhana vigora a tradução literal «balompié», feísima. Houve também a ocasião em que se combatia a galiparlice e se quis trocar «piquenique» e «chofer» por «convescote» e «cinesíforo», felizmente sem sucesso.” – Franco, G.H.B. (2012), 33.

<sup>30</sup> Araújo, F. (2008), 11.

<sup>31</sup> Ideias de Libecap, *cit. in* Araújo, F. (2007), 252.

<sup>32</sup> Araújo, F. (2008), 11.

<sup>33</sup> Conceitos de Merrill e Smith, *cit. in* Araújo, F. (2008), 12.

<sup>34</sup> Ao menos na perspectiva econômica, os Direitos de Autor, assim como outros direitos intelectuais como marcas e patentes, preenchem a qualificação de propriedade. Cfr. Landes, W.M & R. Posner (1987), 266.

ensejam a diminuição de custos de transação e o aumento da eficiência de produção e produtividade no bem.

### 1.3. *Droit d'Auteur* vs. *Copyright*

Coabitam hoje, em âmbito mundial, dois macrossistemas de proteção às criações artísticas, científicas ou literárias, conhecidas, de um lado por *droit d'auteur*, com aplicação por toda a Europa Continental, parcela significativa da África, América Central e do Sul e, de outro, o *copyright*, empregado nos Estados Unidos, Reino Unido e demais países do *commonwealth*, como Austrália e Canadá<sup>35</sup>.

Ainda que não se ignore a existência de variações ou outros modelos, o certo é que, em alguma medida, as legislações nacionais aproximam-se de uma ou outra realidade, e assim mantêm a lógica e respeito aos preceitos fundamentais tidos para cada uma dessas escolas.

Se de um lado fala-se que o *droit d'auteur* vincula-se mais à primazia da defesa do autor, à exigência por um grau maior de originalidade da criação e ao triunfo do direito moral sobre o direito material<sup>36</sup>, o *copyright* parece posicionado em seus antagonismos: Neste modelo, a proteção é acentuada na figura da cópia, a originalidade é exigida apenas pela demonstração do desempenho de certo «*skill, labour and judgment*» ou «*skill, effort and time*»<sup>37</sup>, para os direitos inglês e americano, respectivamente, e até pouco tempo atrás sequer reconhecia-se o direito moral sobre a criação.

Diante destas significativas diferenças, parece-nos justo questionar se a aplicação da Análise Econômica do Direito – de tradição nitidamente associada ao «*common law*» e, conseqüentemente, a ambientes de prática do *copyright* –, se afiguraria possível à realidade de «*civil law*», seja pela grave divergência de

---

<sup>35</sup> Akester, P. (2004), 29.

<sup>36</sup> Cfr. Akester, P. (2004), 35-36.

<sup>37</sup> Sob estas perspectivas, basta existir a presunção de que foi gasto algum tempo, esforço e trabalho, ainda que com diminutas características de criatividade, devendo apenas confirmar-se o «*sweat of the brow test*», costumeiramente aplicado pelos tribunais norte americanos. Segundo Patrícia Akester, essa linha de raciocínio permitiu a proteção de meras compilações e listagens de informações referentes, por exemplo, a esportes, horários, nome de ruas, exames universitários, etc. Cfr. Akester, P. (2004), 31.

fundamentos<sup>38</sup>, seja porque a literatura especializada de que dispomos, em grande parte de origem anglo-saxônica, ignora o sistema romano-germânico aplicado no Brasil e em Portugal.

Até mesmo quando o tema é enfrentado pela pena de autores da Europa Continental, os estudos e resultados são geralmente publicados em periódicos anglo-saxônicos, em língua inglesa, revelada a maior facilidade na utilização das fontes, conceitos e terminologias, bem como especialização do meio<sup>39</sup>.

Na contramão, porém, do que as relativamente agudas diferenças poderiam sugerir, vemos que, em sede de uma análise econômica do direito de autor, tais dessemelhanças não são impeditivas. Os corolários econômicos são universais e, em decorrência lógica, os preceitos de análise econômica permanecem inalterados para um ou outro sistema, não parecendo impossível ou sequer inviável se proceder nesta transposição<sup>40</sup>.

Ademais, vê-se atualmente que há uma cada vez maior permeabilidade entre os distintos sistemas, em razão do irrecorrível aspecto global do direito de autor, tido como o mais internacional dos direitos<sup>41</sup>, e que obriga os países a manterem e ampliarem pautas de convergência<sup>42</sup>, que vão levar as diferentes doutrinas “seguramente a uma harmonização”<sup>43</sup> de conteúdos muito em breve. Da mesma forma, é válida a importação de doutrinas e literatura estrangeira em sede de direitos autorais, ao passo que, por ser matéria altamente internacionalizada, “nada mais enganoso do que se ater exclusivamente à literatura jurídica pátria”<sup>44</sup>.

---

<sup>38</sup> Como alerta José de Oliveira Ascensão: “Dos EUA vem o slogan pragmático – tudo o que é digno de ser copiado é digno de ser protegido. Mas o Direito de Autor, recordemo-lo, não existe para reprimir a imitação, mas para premiar a criatividade. Por isso atribui uma tutela tão significativa”. Ascensão, J.O. (2008), 89.

<sup>39</sup> “*Interestingly, research (by economists from France, Germany, Italy and Spain) revealed that almost all the academic writing on the subject by economists in these countries was published in English language publication.*” – Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 1.

<sup>40</sup> “*And although European author’s rights are different in legal terms from the Anglo-American copyright, the economic analysis of these laws is essentially the same.*” – Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 1.

<sup>41</sup> Chaves, A. (1991), 105.

<sup>42</sup> Lembremos que diferentes países veem-se hoje em situação corriqueira de assinatura de “acordos e tratados internacionais, que não só cuidam de garantir uma aplicação de suas normas no âmbito universal, como ainda proporcionam, àqueles que não contam com uma legislação específica satisfatória no âmbito interno, uma possibilidade de regulamentação adequada das diferentes modalidades de criação” Cfr. Chaves, A. (1991), 106.

<sup>43</sup> Barbosa, D.B. (2010), 10.

<sup>44</sup> Barbosa, D.B. (2010), 6.



Há ainda outros fatores que nos permitem admitir o tratamento conjunto de tão distintas realidades, desde que mantido o enfoque sobre os expedientes econômicos.

José de Oliveira Ascensão, em justa crítica ao atual afastamento do direito de autor de seus fundamentais pilares, alerta-nos sobre a tendência de excessiva diminuição no nível de criatividade apto à caracterização de obras artísticas, bem como o maior foco na mera repressão à imitação ou cópia.

A expansão da cultura de consumo e os meios de comunicação de massa fizeram deslocar o centro de gravidade da criação literária e artística para obras de reduzido grau de criatividade. Os grandes postulantes da tutela cada vez estão mais longes das figuras paradigmáticas do homem das letras ou das artes<sup>45</sup>.

O Direito de Autor foi desviado para proteger realidades meramente tecnológicas, para que não era adequado. Isso implicou um abaixamento geral do nível de criatividade que seria o distintivo do Direito de Autor. E pôs em crise os princípios fundamentais desse ramo<sup>46</sup>.

Não nos permitimos adentrar nas pertinentes questões de fundo suscitadas e que legitimamente preocupam o mestre de Lisboa. A constatação, no entanto, é mais um elemento a comprovar que há em marcha, atualmente, uma aproximação entre estas duas tradições<sup>47</sup>, mesmo que eventualmente esteja o *droit d'auteur* cedendo demasiado espaço ao *copyright*. Ainda que possa esse movimento ser indesejado em grande medida, fato é que as duas escolas perdem em antagonismos e ganham em convergência a cada dia.

Por tratarem, assim, ao menos em termos econômicos, dos mesmos fundamentos e razões de existência, por partirem das mesmas premissas e alcançarem semelhantes resultados práticos, bem como pelos esforços internacionais de unificação das distintas realidades, encararemos *copyright* e Direito de Autor em sinonímia, deixando de lado distinções conceituais ao longo do presente trabalho, com raras exceções, que serão devidamente destacadas ao longo do texto.

---

<sup>45</sup> Ascensão, J.O. (2008), 11.

<sup>46</sup> Ascensão, J.O. (2003b), 17.

<sup>47</sup> Perceba-se que “se na origem, o *copyright* e o *droit d'auteur* assentavam em condições distintas, eles têm se aproximado significativamente desde as últimas décadas dos séculos XX”. Cfr. Coelho, F.U. (2012), 263.

#### 1.4. Princípios Gerais de Análise Econômica do Direito

Ainda que a aproximação teórica entre direito e economia não seja nova<sup>48</sup>, associação encontrada já nos escritos de Adam Smith, Giuseppe Beccaria, Jeremy Bentham, Karl Marx, e autores da escola Institucionalista Norte Americana, especialmente Commons<sup>49</sup>, foi o artigo de Ronald Coase, intitulado “*The Problem of Social Cost*”, na década de 1960, que efetivamente gestou as bases da Análise Econômica do Direito.

A notável intuição «coaseana», posteriormente alçada ao patamar de teorema, por George Stigler em 1966<sup>50</sup>, concebia que, em um ambiente de claros direitos de apropriação e baixos custos de transação, o problema das invariáveis externalidades geradas na atividade produtiva seria superado com maior eficiência, não pela intervenção estatal, como se acreditava única solução até então, mas pela livre negociação entre as partes envolvidas, resultando que, independentemente da atribuição inicial dos direitos ou decisão dos tribunais, a propriedade seguiria sempre para o seu uso mais valorado e economicamente eficiente<sup>51</sup>.

Os reflexos no direito e na lei foram dramáticos<sup>52</sup>. As ramificações das intuições de Ronald Coase mostravam que, se as trocas voluntárias entre as partes conduzem ao cenário da mais ampla eficiência, à margem da atribuição inicial de direitos pela lei ou pelos tribunais, o papel da lei e tribunais deveria limitar-se a definir com precisão tais titularidades, e tornar a transação o mais fácil possível<sup>53</sup>.

Disso se seguiu que certos preceitos das ciências econômicas, em especial àqueles referentes ao campo da microeconomia, poderiam ser utilizados como fértil instrumento à racionalização da formação legislativa e demais fontes do direito, bem como ainda ser de grande utilidade analítica no estudo da cadeira do direito como um todo, ou em seus vários desmembramentos, de modo pontual.

Valendo-se da lente da eficiência, e de suposições típicas das ciências econômicas como escassez, escolhas racionais, maximização de bem estar, lei de

---

<sup>48</sup> Veljanovski, C. (1994), 25.

<sup>49</sup> Cfr. Faraco, A.D. & F.M. Santos (2005).

<sup>50</sup> Stigler, cit. in Araújo, F. (2005), 557.

<sup>51</sup> Cfr. Coase, R. (1960).

<sup>52</sup> Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 91.

<sup>53</sup> Malloy, R.P. (2004), 181.

oferta e demanda, ênfase nos custos e alocação de recursos, o estudo de Ronald Coase abriu as portas para que a ótica econômica, – até então restrita no mundo jurídico às searas com que guardava natural afinidade<sup>54</sup> –, fosse estendida aos mais variados campos do direito, notadamente às áreas da responsabilidade civil, como feito por Guido Calabresi<sup>55</sup>, e direito penal, por Gary Becker<sup>56</sup>, sendo mais tarde a sua generalista estrutura compilada por Richard Posner<sup>57</sup>.

Longe de ser um movimento homogêneo, o estudo da análise econômica do direito passou a congregiar diferentes perspectivas, que vão desde a visão «conservadora» da Escola de Chicago, que tem em Richard Posner seu maior expoente, juntamente com Landes, Schwartz, Kitch e Easterbrook, passando pela «liberal-reformista», de Calabresi, Polinsky, Ackermann, Korhnhauser, Cooter e Coleman, à «neoinstitucionalista», composta por A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson<sup>58</sup>.

No entanto, apesar das diferenças, todas guardam em comum o fato de buscar estender ao direito a capacidade de fornecer, através da microeconomia, “uma teoria comportamental para prever como as pessoas reagem às leis (...) um padrão normativo útil para avaliar o direito e as políticas públicas”<sup>59</sup>, emprestando ao direito o ao menos aparente caráter científico desta escola do pensamento humano. E isto é tido, por muitos, como a aplicação mais relevante para o direito neste ponto da história<sup>60</sup>.

Um dos mais importantes conceitos que devem ser apropriados para se iniciar uma análise econômica é o da escassez, que, ainda que não seja pressuposto para a edificação da ciência econômica, certamente é um dos mais fundamentais problemas que esta é chamada a solucionar<sup>61</sup>. Baseia-se na suposição de que os recursos disponíveis são dados sempre em razões inferiores às vontades de possuir humanas, sejam elas expressas em qual medida for, desde as tradicionais finanças,

---

<sup>54</sup> Nesse sentido: “Até recentemente, o direito restringia o uso da economia às áreas das leis antitruste, dos setores regulamentados, dos impostos e da determinação de indenizações monetárias.” – Cooter, R. & T. Ulen (2010), 23.

<sup>55</sup> Cfr. Calabresi, G. (1961).

<sup>56</sup> Cfr. Becker, G.S. (1968).

<sup>57</sup> Cfr. Posner, R. (2014).

<sup>58</sup> Alvarez A.B. (2006), 53.

<sup>59</sup> Cooter, R. & T. Ulen (2010), 26.

<sup>60</sup> Cooter, R. & T. Ulen (2010), 26.

<sup>61</sup> Cfr. Araújo, F. (2005), 19-20.

até o mais fluido conceito de felicidade. Não se quer com isso dizer que o ser humano está eternamente em posição de inabilidade em conseguir o que quer ou de nunca se sentir plenamente satisfeito, mas apenas que terá sempre que fazer escolhas<sup>62</sup>, fator conducente ao indispensável corolário seguinte, o da racionalidade econômica.

O pressuposto do agir racional revela que os indivíduos, quando confrontados com a perspectiva da escassez, agem de modo a alcançar a melhor combinação de resultados possíveis, tudo em prol da maximização do seu bem estar<sup>63</sup>.

Ainda que a figura do *homo economicus* clássico, – agente dotado sempre de plena capacidade de melhor compor seus interesses – seja atualmente questionada, principalmente pela disciplina da «*Behavioral Economics*» ou pelo legítimo reconhecimento de que as informações em geral detidas nos momentos decisórios são imprecisas ou excessivamente caras, a figura da racionalidade, ainda que reconhecidamente limitada, continua sendo imprescindível referencial de análise econômica, no que basta para o indivíduo poder agir<sup>64</sup>, servindo sempre a algum grau de otimização ou maximização de resultados, mesmo que essa otimização dê-se até mesmo pela opção por um certo grau de «ignorância racional»<sup>65</sup>.

A otimização de resultados, conceito devido a George Stigler<sup>66</sup>, termina por significar que os recursos serão, na lógica da racionalidade, sempre bem alocados pelos agentes, após optarem pelo melhor resultado diante da confrontação entre custos e benefícios da decisão, «*tradeoff*»<sup>67</sup> econômico apresentado aos indivíduos diariamente, em diferentes níveis, e que coletivamente culminarão por direcionar os bens a quem mais lhe atribua valor.

Os custos, conceito bastante caro aos economistas, representam o que é necessário ao indivíduo despendar para alcançar, racionalmente, a posição que deseja, e será sempre o primeiro referencial para que possa tomar suas decisões. Em sua raiz mais elementar, os custos são, em verdade, custos de oportunidade, referentes ao que se deixou de fazer em prol da obtenção de determinado bem.

---

<sup>62</sup> Malloy, P.R. (2004), 143.

<sup>63</sup> “*Rationality provides a basis for prediction of economic behavior and economics assumes that rational people will act to maximize their own self-interest.*” – Malloy, P.R. (2004), 144-145.

<sup>64</sup> Simon, H.A. (1957), cit. in Araújo, F. (2005), 31.

<sup>65</sup> Cfr. Araújo, F. (2005), 31-32.

<sup>66</sup> Araújo, F. (2005), 30.

<sup>67</sup> Primeiro de dez genéricos, simplificados e introdutórios princípios econômico apontado por Gregory Mankiw: “Pessoas enfrentam «*tradeoffs*»”. Cfr. Mankiw, N.G. (2001), 4.

“Havia uma oportunidade de fazermos diferente do que fizemos; mas quando optámos preterimos aquela oportunidade, e essa renúncia às alternativas possíveis é um custo”<sup>68</sup>.

Situando-se os indivíduos dentro da lógica de mercado, – em geral uma boa forma de organizar a atividade econômica<sup>69</sup> –, os recursos disponíveis e a racionalidade dos agentes passarão, em regra, a ser resolvidos e expressados em razão de preço, que “refletem tanto o valor que a sociedade atribui a um bem quanto os custos em que ela incorre para produzi-lo”<sup>70</sup>.

A lei de oferta e demanda tomará então para si as rédeas do «*tradeoff*» dos agentes – aumentos no custo representarão menor disposição em obtê-los, diminuição no custo significará maior disposição em obtê-los – representando assim o marco das preferências dos agentes e a forma com que os recursos serão efetivamente alocados.

A análise econômica do direito irá se valer, pois, de todo esse palco e aparato das ciências econômicas, com vistas a determinar se, seja na formação legislativa, seja na análise metodológica de algum aspecto geral do direito, os bens e direitos estão sendo alocados eficientemente<sup>71</sup>. O referencial da eficiência econômica na alocação de recursos será sempre, portanto, o mais relevante à essa escola do direito.

### 1.5. Limites de Ética e Justiça

Não obstante os evidentes ganhos metodológicos e sólidas proposições – o que leva Richard Posner a concluir que a Análise Econômica do Direito é provavelmente a maior descoberta do direito no século 20<sup>72 73</sup> –, não se deve perder

---

<sup>68</sup> Araújo, F. (2005), 41.

<sup>69</sup> Mankiw, N.G. (2001), 9.

<sup>70</sup> Mankiw, N.G. (2001), 10.

<sup>71</sup> “Quando ocorre a alocação dos recursos para os usos mais valiosos, ou quando outra realocação não acresce o valor do recurso (em termos de custo de oportunidade), pode-se dizer que há eficiência nessa alocação, precisamente porque a ação empreendida é racionalmente sustentada, por maximizar a utilidade do recurso”. Cfr. Faraco, A.D. & F.M. Santos (2005), 3-4.

<sup>72</sup> Para Richard Posner, “[*Law and Economics*] has now outlasted legal realism, legal process, and every other one of the twentieth century's new fields of legal scholarship, except for those too recent yet to have reached their peak. And it shows no signs of abating”. – Posner, R. (2003), 31.

de vista que é apenas um instrumento para, quando possível, apreciar e construir melhores interpretações, levando-se sempre em consideração que, direito e economia, ainda que passíveis de serem associados, são mundos distintos<sup>74</sup>.

Sem permissão para aprofundar a rica e complexa discussão envolvendo as críticas à interdisciplinaridade da análise econômica do direito<sup>75</sup>, a problemática de significado e hermenêutica jurídica<sup>76</sup> que resultam de sua aplicação, bem como o sensível conflito entre eficiência e justiça<sup>77</sup>, é importante tecer alguns comentários acerca do que se entende serem os limites de aplicação da escola econômica ao direito.

Sabe-se que o Direito, esteado na lógica da deontologia jurídica, é tradicionalmente aplicado mediante a conformação da norma ao caso concreto dado, sendo, portanto, a normatividade o próprio critério de decisão do julgador. Não se admite, ao menos aparentemente, que os parâmetros imediatos sejam excedidos em prol da antevisão de eventuais desdobramentos ou intenções futuras com essa ou aquela interpretação.

A seu turno, a análise econômica do direito clama a si, através da aplicação dos preceitos da escola econômica neoclássica, como eficiência, realização do auto-interesse e o incremento do bem-estar social, o papel de uma ferramenta de interpretação mais lógica e, em tese, científica do direito<sup>78</sup>, induzindo à tentadora imagem de ser portadora de uma verdade jurídica racional absoluta<sup>79</sup>.

Desta sensível diferença de objetos e abordagens, é preciso reconhecer que muitas vezes a noção de eficiência conflitará diretamente com a noção de justiça –

---

<sup>73</sup> Robert Cooter lembra que Bruce Ackerman, professor da Faculdade de Direito de Yale, descreveu a abordagem econômica do direito como sendo “o mais importante desenvolvimento na ciência jurídica do século 20” – Cooter, R. & T. Ulen (2010), 24.

<sup>74</sup> *“The difference between a discipline that seeks to explain economic life (and, indeed, all rational behavior) and a discipline that seeks to achieve justice in regulating all aspects of human behavior is profound. This difference means that, basically, the economist and the lawyer live in different worlds and speak different languages”* – Stiger, G.J. (1992), 463.

<sup>75</sup> Cfr. Alvarez A.B. (2006), 61.

<sup>76</sup> Cfr. Pietropaolo, J.C. (2010).

<sup>77</sup> Cfr. Dworkin, R.M. (1999); Dworkin, R.M. (2000); Dworkin, R.M. (2005).

<sup>78</sup> Richard Posner dirá: “Para mim, o aspecto mais importante do movimento da associação entre direito e economia tem sido sua aspiração de colocar o estudo do direito sobre uma base científica, com uma teoria coerente, hipóteses precisas deduzidas da teoria e testes empíricos das hipóteses.” cit. in Cooter, R. & T. Ulen, (2010), 23.

<sup>79</sup> Cfr. Pietropaolo, J.C. (2010).

objeto primeiro do Direito<sup>80</sup> –, razão pela qual não se pode ou deve utilizar todas as deduções de análise econômica sem critérios ou julgamentos de ordem moral ou ética, sob pena de nociva diluição do ordenamento jurídico, conquistado e aperfeiçoado pelos povos há milênios.

Não se admite, pois, concordar com distorções que sobreponham o mercado à própria existência e valores humanos, como apregoar a supremacia da eficiência em áreas em que o ordenamento jurídico deveria antes garantir o respeito à dignidade da pessoa humana, a exemplo do caso da mercantilização de órgãos e tecidos, da regulamentação da prostituição ou outros impropérios do gênero. Ou ainda, manter cego apego ao corolário da alocação eficiente de recursos aos que mais lhe atribuam valor, em função do preço, em áreas onde impera a extrema pobreza e má distribuição de renda.

A esse uso destemperado e sectário da Análise Econômica do Direito não podemos compactuar. Sem freios e critérios, a aplicação dos preceitos da escola econômica neoclássica não apenas pode aprisionar a real vocação do Direito, como, inclusive, acabar por inverter-lhe absolutamente os valores.

Quando utilizado com esse viés totalizante, vale dizer, de submissão absoluta aos fins econômicos, a tão promissora Análise Econômica do Direito passa a representar um perigo às ciências jurídicas tradicionais, o que justifica o receio e resistência à sua utilização por boa parte de autores de inspiração romanístico-germânica, que veem nesta associação uma repetição das ideias utilitaristas de Bentham.

No entanto, inevitavelmente confrontados com a realidade da escassez, e consequente necessidade de ter que decidir como será feita a alocação de recursos escassos, – ato que pode ser tão difícil como escolher entre ambulâncias para feridos ou estradas mais seguras –, não há como negar que a noção de eficiência pode ser empregue coerentemente pelos operadores de direito, sem ferir seus pilares estruturais tradicionais, como de fato já se faz e, há muito, já se fazia<sup>81</sup>.

---

<sup>80</sup> “Há no direito uma pretensão permanente, embora muitas vezes não verificada, de decisão jurídica correta, adequada ao caso, conforme parâmetros de justiça, valor final da decisão justificada.” – Pietropaolo, J.C. (2010), 6.

<sup>81</sup> “O estilo de raciocínio que os economistas usam para examinar escolhas econômicas é muito próximo da análise de custo-benefício que os juízes implicitamente usam para resolver disputas. Por exemplo, ao decidir qual indenização um tribunal deveria conceder a uma parte lesada em um contrato, os juízes do *common law* de 1850 reconheceram que a parte inocente em um

Da eficiência econômica quase sempre resultam melhorias sociais, que podem igualmente ser expressões de justiça, pois permite que o maior número de bens e serviços sejam produzidos e destinados ao maior número de pessoas que mais lhe apreciem<sup>82</sup>.

Desde que assumam, pois, valores comuns, direito e economia podem dialogar sem atritos que tornem a associação impeditiva: “Se justiça for assimilável pela economia, então eficiência e bem-estar também serão pelo direito”<sup>83</sup>. E isso é tanto mais verdade quando se nota o crescente desejo de abertura do direito ao plano fático dos acontecimentos sociais concretos, ou seja, de verdadeira aproximação com o aspecto prático do direito na vida das pessoas<sup>84</sup>.

Feitas as corretas ponderações, não é preciso sequer escolher se o direito versa sobre eficiência *ou* justiça. Como nos ensina Robert Cooter, com certeza, diz sobre ambos:

Procurar meios para que a lei possa fazer justiça é uma das grandes missões do direito – em qualquer sistema. Essa é uma missão de honra, na qual o direito vem tendo bastante sucesso. Mas o direito também pode estar relacionado com o uso mais eficiente dos recursos escassos da sociedade; ele pode criar incentivos para que as pessoas se comportem de maneira mais produtiva, ou mesmo mais justa<sup>85</sup>.

Seria desperdício negar as contribuições trazidas pela Análise Econômica do Direito apenas pela natural e justa aversão ao seu uso abusivo e fundamentalista. Assim como o provérbio reza que “*vinum generosum moderate sumptum est optima medicina, abusos vero eiusdem in multos morbos praecipitat*”<sup>86</sup>, também a análise econômica pode ser útil, quando comedida é a sua utilização. Com as devidas limitações, esse incrível avanço metodológico permite, em grande medida, “dissipar o carácter vago e opinativo que sempre associaríamos à análise das realidades sociais”<sup>87</sup>.

---

inadimplemento deveria ocupar o mesmo lugar que esta ocuparia caso a promessa contratual tivesse se completado.” – Cooter, R. & T. Ulen (2010), viii.

<sup>82</sup> Araújo, F. (2005), 38.

<sup>83</sup> Pietropaolo, J.C. (2010), 9.

<sup>84</sup> Faralli, C. (2006), 41-46.

<sup>85</sup> Cooter, R. & T. Ulen (2010), viii.

<sup>86</sup> “O vinho generoso tomado é um ótimo remédio, mas o abuso dele leva a muitas doenças.”

<sup>87</sup> Araújo, F. (2005), 31.



Não é demais lembrar que voltar solenemente às costas à noção de eficiência e ignorar suas positivas vocações também pode gerar graves e injustas distorções, como elevação de custos transacionais, imprevisibilidade ou imprecisão dos direcionamentos e consequências das medidas adotadas, bem como deturpação da natural ordem dos incentivos<sup>88</sup>. A esse caso vale lembrar que “a distribuição justa de um resultado ineficiente pode ser uma situação que não satisfaz ninguém, tornando-se pois, num outro sentido, igualmente injusta”<sup>89</sup>.

De tudo isso, podemos admitir que a Análise Econômica do Direito é excelente ferramenta para, quando conformada à critérios de ética e justiça, – tarefa que prudentemente deixaremos à cargo da filosofia e teologia –, servir ao direito de forma intuitiva e criativa, apta a melhorar determinadas interpretações, dando-lhe a roupagem da racionalidade e eficiência, também caras ao desenvolvimento econômico e social, que é igualmente direito fundamental do ser humano na maioria das constituições pátrias ao redor do globo.

---

<sup>88</sup> Cooter, R. & T. Ulen (2010), 32.

<sup>89</sup> Araújo, F. (2005), 38.

## 2. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO DE AUTOR

### 2.1. O Problema das Falhas de Mercado para Criações Autorais

Em teoria econômica neoclássica, é indiscutível que mercados operando com liberdade concorrencial resultam em eficiência econômica<sup>90</sup>, seja pela alocação da oferta de bens aos compradores que mais lhe dão valor, pela atribuição da demanda aos produtores que oferecem os melhores preços ou pela quantidade ótima de bens produzidos.

As economias de mercado alcançam tal eficiência através dos mecanismos de preços, que regulam, em automática medida – quando em equilíbrio perfeito –, o que deverá ser produzido, em qual quantidade, mediante qual método, os seus destinatários e momento de oferta.

Trata-se, assim, de eficiente sinalizador ao mercado, impossível ou ao menos inviável de ser substituído pela intervenção estatal ou outra força central dirigista, que não seria dotada da mesma capacidade automata de direcionar a produção e o consumo dos bens ao seu nível socialmente ótimo.

Não obstante seja nítida a vocação do mercado em arranjar da melhor forma possível a atividade econômica, há casos em que a «mão invisível»<sup>91</sup>, famosamente preconizada por Adam Smith, não consegue alocar correta e autonomamente os recursos escassos e valiosos, gerando situações de falhas de mercado, como são tradicionais exemplos os bens intelectuais.

Consistentes justamente na perda de eficiência ou injustiça no seu espontâneo funcionamento<sup>92</sup>, as falhas de mercado impossibilitam os sujeitos de

---

<sup>90</sup> Araújo, F. (2005), 41; Mankiw. N.G. (2001), 154.

<sup>91</sup> Adam Smith, em célebre trecho do capítulo 2, livro 4, da sua mais famosa obra «A Riqueza das Nações», concluiu que “todo indivíduo necessariamente trabalha no sentido de fazer com que o rendimento anual da sociedade seja o maior possível. Na verdade, ele geralmente não tem intenção de promover o interesse público, nem sabe o quanto o promove. Ao preferir dar sustento mais à atividade doméstica que à exterior, ele tem em vista apenas sua própria segurança; e, ao dirigir essa atividade de maneira que sua produção seja de maior valor possível, ele tem em vista apenas seu próprio lucro, e neste caso, como em muitos outros, ele é guiado por uma mão invisível a promover um fim que não fazia parte de sua intenção. E o fato de este fim não fazer parte de sua intenção nem sempre é o pior para a sociedade. Ao buscar seu próprio interesse, frequentemente ele promove o da sociedade de maneira mais eficiente do que quando realmente tem a intenção de promovê-lo”.

<sup>92</sup> Araújo, F. (2005), 54.

trabalhar corretamente com mecanismos de preço<sup>93</sup>, clamando assim por alguma sorte de intervenção estatal, em atendimento ao também válido corolário econômico de que os governos podem, às vezes, melhorar os mercados<sup>94</sup>.

Existem quatro formas apontadas pela doutrina econômica como geradoras de falhas de mercado, que demandam, em tese, a intervenção estatal como forma de correção. A saber: O monopólio (poder de mercado), as externalidades, os bens públicos e as graves assimetrias informacionais. Os mercados para bens autorais tendem a falhar porque guardam características de bens públicos e também por serem geradores de externalidades.

### 2.1.1. Bens Públicos

Em relação aos bens públicos, são duas as características mais marcantes: Insuscetibilidade de exclusão de terceiros de seu uso, ao mesmo tempo em que o aproveitamento que lhe é feito por uns não rivaliza com o que é realizado pelos demais.

Por não suscetibilidade de exclusão entende-se – antes da impossibilidade absoluta de privação do uso de determinado bem por terceiros –, que promover tal exclusão custaria mais caro do que os eventuais ganhos advindos da decisão de discriminar a utilização pelos diversos potenciais usuários. Em outras palavras, “ninguém consegue ser eficientemente afastado da fruição direta e integral do bem”<sup>95</sup>.

Quanto a não rivalidade ou não exclusividade do uso, trata-se de admitir que duas ou mais pessoas possam fruir do mesmo bem, sem que o uso por uma diminua ou interfira no acesso que é dado às outras. Vale com isso dizer, o objeto pode ser

---

<sup>93</sup> “Na falta da sinalização que os preços propiciam, a otimização de que o mercado é capaz – o equilíbrio de oferta e procura, a maximização do bem estar das partes envolvidas nas trocas – fica irremediavelmente comprometida, por mais sucedâneos que se tente encontrar para os preços de mercado.” – Para este e mais detalhes sobre «falhas de mercado» ou «ausência de mercado» originadas pela inaplicabilidade da utilização dos mecanismos de preços, cfr. F. Araújo (2005), 579ss.

<sup>94</sup> Mankiw, N.G. (2001), 11.

<sup>95</sup> Araújo, F. (2005), 580.

aproveitado por um dado número de pessoas, sem que o prazer<sup>96</sup> ou utilidade lhes seja reduzido por esse fato.

Exemplos não faltam, compreendendo desde flores no canteiro do vizinho, até bens e atividades públicas essencialmente comuns, como parques, pátios e desfiles. Um dos mais recorrentes exemplos é a defesa nacional. É impossível distinguir os beneficiários do aparato militar de uma nação, aproveitando antes a todos os nacionais, de forma abstrata. Não é porque a base de defesa encontra-se nesta ou naquela região fronteiriça, que servirá apenas à população de tal localidade.

Em decorrência deste fator, o custo de fornecimento do sistema de segurança nacional a um indivíduo adicional é marginalmente zero, restando essencialmente inalteradas as despesas de defesa em face da chegada de um imigrante ao país ou ao nascimento de um bebê<sup>97</sup>, o que dá a noção de gratuidade do bem, quando visto pela exclusiva perspectiva individual.

Se por um lado a noção de gratuidade e uso compartilhado não rival sugere a maximização do bem estar individual, por outro, é notória a dificuldade em enquadrar os bens com essas características em boa lógica de eficiência econômica e social.

Os bens públicos situam-se fora da estrutura tradicional de preço, e por essa razão tendem a ser produzidos em quantidades que não são «Pareto-Eficientes»<sup>98</sup>. A razão da tendência de subprodução de bens públicos deve-se a problema de coordenação de interesses, que ficou largamente conhecido como efeito «*freerider*» ou «boleia», e que será adiante devidamente analisado.

### 2.1.2. Externalidades

Associa-se a ideia de externalidades as situações em que a ação de determinados sujeitos implica na variação do bem estar de outros, por canais extramercado, seja prejudicando alguém sem ter que indenizá-lo ou sendo alguém beneficiado sem ter que oferecer contrapartida. Em suma, da ação de algum sujeito,

---

<sup>96</sup> Malloy, R.P. (2004), 122.

<sup>97</sup> Stiglitz, J.E. (1998), 122.

<sup>98</sup> Stiglitz, J.E. (1998), 120.

como a produção de um bem, não resulta internalização de todos os seus custos e benefícios<sup>99</sup>.

São identificados dois tipos de externalidades, as ditas negativas, em que “o custo social é superior ao custo privado”<sup>100</sup>, diminuidoras do bem estar coletivo – da qual a poluição é sempre o grande exemplo –, e as externalidades positivas, em que o benefício social não consegue ser refletido totalmente no preço que remunera a produção<sup>101</sup>, como é, a propósito, a geração de conhecimento, os ditos «*knowledge spillover*»<sup>102</sup>.

No primeiro caso, o mercado falhará por produzir mais do que o socialmente ótimo, no segundo, pelo seu inverso, a falha consistirá em se produzir menos do que aquilo que maximizaria o bem estar coletivo<sup>103</sup>.

Assim, a ocorrência de externalidades pode se dar tanto na produção quanto no consumo<sup>104</sup>, mas sempre representará desarranjo no «ótimo de bem estar social», de aparente impassibilidade de solução pelo próprio mercado, o que leva os economistas a dizer em uníssono que, onde houver externalidades, a alocação de recursos não será automaticamente eficiente<sup>105</sup>.

Cabe, no entanto, fazer o alerta de que as externalidades, em si, não podem ser consideradas maléficas, odiosas ou absolutamente indesejáveis. É certo que a vida em sociedade demanda por vezes a sobreposição de interesses conflitantes. Ainda que não toleremos determinados índices de poluição, por exemplo, não há como negar que alguma medida de poluição, por razões até mesmo de eficiência, terá que ser admitida para a manutenção da vida moderna. Do outro lado, ainda que queiramos garantir os devidos incentivos ao gerador de externalidades positivas, não podemos defender que absolutamente todo e qualquer benefício gerado deva estar hermeticamente selado por direitos de exclusivos e disponível apenas após serem remunerados.

A questão a ser sobpesada não é a externalidade em si, mas a indisposição do causador da externalidade em internalizar na sua atividade os custos sociais a

<sup>99</sup> Ideais de Rosen, cit. in Araújo, F. (2005), 56.

<sup>100</sup> Araújo, F. (2005), 547.

<sup>101</sup> Araújo, F. (2005), 545.

<sup>102</sup> Cfr. Araújo, F. (2005), 407.

<sup>103</sup> Araújo, F. (2005), 545.

<sup>104</sup> Araújo, F. (2005), 544; Stiglitz, J.E. (1988), 214.

<sup>105</sup> Stiglitz, J.E. (1988), 215.

ela inerentes, ou, aos beneficiados, em pagar pelo excedente que recebem gratuitamente<sup>106</sup>. Ainda que em apressada análise possa parecer contraintuitivo ou até mesmo paradoxal àquele que subestima a complexidade da vida contemporânea, existe um nível socialmente adequado até mesmo de poluição<sup>107</sup> ou «pirataria» de bens autorais.

As externalidades são igualmente apontadas como causa direta de falhas de mercado pela prática da «boleia», em estreita relação com as razões de desincentivo relativas aos bens públicos. Em verdade, inexistente distinção analítica das externalidades para com os bens públicos<sup>108</sup>.

### 2.1.3. Efeito «Boleia» ou «Freerider»

A falha de mercado vinculada aos bens públicos ou geradores de externalidades ocorre no momento em que, pela impossibilidade de exclusão dos demais indivíduos do uso do bem e não rivalidade em seu uso, a racionalidade inclina os potenciais usuários a aproveitá-lo sem oferecer qualquer sorte de contraprestação. É o chamado efeito «boleia», ou «freerider», consistente no emprego da própria racionalidade dos agentes, que gera “tendência para obter benefícios à custa da disposição de pagar dos outros”<sup>109</sup>.

Se do aspecto individual a conduta parece ser racionalmente compensadora, a falta de coordenação acaba por gerar resultado final em que pouco, ou quase nada de bens públicos sejam produzidos, ao passo em que todos temerão a boleia de todos.

---

<sup>106</sup> Veja-se que “para a sociedade, o que contou verdadeiramente não foi a eliminação das externalidades (pois ela continua a suportar-lhes integralmente o custo, em última análise por repercussão no preço) mas sim a possibilidade de alcançar-se, *apesar das externalidades*, o nível de produção socialmente eficiente – o nível pelo qual a sociedade está disposta a pagar, dentro daquilo que ela se dispõe a suportar como um custo não-pagável.” – Araújo, F. (2005), 560.

<sup>107</sup> Stiglitz, J.E. (1998), 221.

<sup>108</sup> Não há mercado e lógica de preços para externalidades, que também possuem características de não rivalidade e não excludabilidade. Cfr. Araújo, F. (2005), 543; Brown, C.V. & P.M. Jackson (1990), 38.

<sup>109</sup> Araújo, F. (2005), 586.

Do prisma da análise individual, o benefício total, por elevado que seja, dilui-se pelo número de beneficiários potenciais, enquanto que o custo total, por falta de um mercado no qual o bem possa ser oferecido *contra um preço*, pode vir a recair inteiramente sobre um só – pelo que a ponderação do custo com o benefício esperado desincentiva invariavelmente a iniciativa de produção individual<sup>110</sup>.

Criações autorais, ainda que não sejam bens públicos em sentido estrito – como a defesa nacional –, apresentam características de bens públicos<sup>111</sup>, o que permite admitir serem alvos do mesmo efeito «boleia» que faz com que o mercado para esses bens falhe.

Quando avaliado sob o prisma das externalidades, os bens culturais ou autorais são exemplo notório de grande geração de externalidades positivas, em que as vantagens da sua criação, via de regra, extravasam a esfera do produtor, para atingir um indeterminável número de pessoas, sem que tenham feito qualquer esforço ou pagamento para tanto.

No caso dos bens autorais, esses fatores derivam da sua própria natureza imaterial, que, como se sabe, não se confunde com o *corpus mechanicum* a que estão submetidos ou inseridos. A obra artística – uma canção ou um escrito, por exemplo – não é a forma com que é apresentada, seja em meio impresso, mídia ou arquivo digital, mas sim o seu conteúdo primário e mais elementar, que é a incorpórea expressão do espírito do criador. E essa incorpórea expressão é, por natureza, não rival e não excludente, e geradora de incriveis externalidades positivas.

Assim, as obras autorais serão campo fértil para a prática da «boleia» através da simples cópia do conteúdo imaterial em suporte tangível qualquer, acessível através de algum meio técnico de reprodução, em patamares que não permitam aos criadores recuperar os investimentos que empenhar na criação do bem, e a determinar que, sem alguma sorte de proteção, no longo prazo, a produção desses bens caminhe para o drama da subprodução.

---

<sup>110</sup> Araújo, F. (2005), 585.

<sup>111</sup> Landes W.M & R. Posner (2003), posição *kindle* 167 de 6932.

#### 2.1.4. Cópias e Inaplicabilidade do Sistema de Preços

É pressuposto elementar das ciências econômicas que o preço do bem comercializado é eficientemente alocado quando fixado na razão do custo marginal de sua reprodução<sup>112</sup>. Nesse patamar ficam maximizados conjuntamente os excedentes tanto do produtor quanto do consumidor. Tal lógica vale perfeitamente para produtos físicos padrões, quando não são gerados em escala muito acentuada.

Nesses casos, os custos de produção e reprodução são semelhantes, ainda que os primeiros sejam ligeiramente maiores que os segundos. No caso dos bens autorais, no entanto, os custos de criação e edição de uma obra artística<sup>113</sup>, como uma obra literária ou musical, costumam ser altos, enquanto que os custos de sua reprodução são geralmente baixos<sup>114</sup> ou até mesmo próximos do que se entende por virtualmente zero<sup>115</sup>, especialmente em face das novas tecnologias.

Assim, se o criador ou editor resolver fixar o preço das cópias de sua criação proximamente ao custo marginal de reprodução, em atendimento ao referido corolário de eficiência econômica, acabará por fixá-lo proximamente a zero, ou ao menos em razões muito baixas, o que impedirá a recuperação do investimento feito.

Por outro lado, se escolherem fixá-lo de modo a capturar incentivos suficientes, será naturalmente muito acima do preço marginal diminuto ou irrisório atribuído à cópia feita pelos «freeriders», que se não forem de alguma forma obstados legalmente de assim proceder, farão igualmente com que não sejam recuperados os elementares excedentes do produtor.

Nesses moldes, ao produtor é impossível fazer refletir no preço – ao menos pelas vias tradicionais do mercado – o excedente marginal da criação de uma unidade extra<sup>116</sup> de bem autoral, fazendo com que a quantidade de equilíbrio seja

<sup>112</sup> The Allen Consulting Group (2003), 15.

<sup>113</sup> Com relação aos custos de produção de obras autorais, anotam Landes e Posner: “We assume that it [creating the work] does not vary with the number of copies produced or sold, since it consists primarily of the author’s time effort plus the cost to the publisher of soliciting and editing the manuscript and setting it in type. Consistent with copyright usage, we call the sum of these costs the «costs of expression»”. It is, to repeat, a fixed cost.” – Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 517-521 de 6932.

<sup>114</sup> Landes, W.M & R. Posner, (1989), 326ss.

<sup>115</sup> A esse teor, Towse, Handke e Stepan: “Thus, by the end of the 20th century, there had been a dramatic shift in the possibilities of private copying, causing the marginal cost of making private digital copies to be virtually zero.” – Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 9.

<sup>116</sup> Stiglitz, J.E. (1988), 223.



“escassa perante os benefícios que ela pode produzir – o somatório dos benefícios que se exprimem no mercado, *mais* as externalidades –”,<sup>117</sup> no caso positivas.

De tudo isso, denota-se que a falha de mercado ocorre, basicamente, pela inaplicabilidade de um sistema padrão de preços. Inexistem assim, a princípio, condições de mercado para bens intelectuais como livros, filmes, revistas, notícias e demais bens culturais e de informação<sup>118</sup>, sem algum mecanismo ou arranjo institucional que permita a recuperação dos custos de produção e edição, – através da defesa da fixação de um preço artificialmente mantido acima do custo marginal<sup>119</sup> – em medida suficiente à reversão da natural tendência de subprodução, ainda que isso gere um ineficiente quadro de «*deadweight loss*»<sup>120</sup>.

#### 2.1.5. Semelhança com os Bens de Informação

A inerente imaterialidade da propriedade intelectual aproxima muito os bens de autor aos bens de informação, também alvos de falhas de mercado conducentes ao drama da subprodução, e dotados das mesmas incomodas características. O objeto de direito de autor é, tanto quanto a informação em si própria, um bem indivisível, passível de ser reproduzido sem que haja a diminuição do estoque, aproveitável ao mesmo tempo, em vários lugares, por diferentes agentes.

A teor do que foi desenvolvido para os bens de informação – e que são perfeitamente úteis e aplicáveis aos direitos autorais<sup>121</sup> –, são dignos de nota os esforços de Kenneth Arrow em problematizar a alocação desses bens em ambiente de mercado e suas daí derivadas impropriedades.

---

<sup>117</sup> Araújo, F. (2005), 545.

<sup>118</sup> Belleflamme, P. (2003), 26.

<sup>119</sup> “Copyright law could be viewed in this light as enabling fixed cost to be covered by a price above marginal cost.” – Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 5.

<sup>120</sup> Efeito de exclusão que acomete todos aqueles potenciais usuários que podiam e tencionavam pagar pelo produto algo superior ou ao menos igual ao custo marginal de sua reprodução, mas não podem ou tencionam pagar o preço pedido, que é artificialmente mantido em tais patamares unicamente através do exercício de algum tipo de «*legal enforcement*», como são os Direitos de Autor.

<sup>121</sup> Ainda que não seja o caso de se admitir a completa analogia temática. Cfr. *The Allen Consulting Group* (2003), 12.

A primeira delas diz respeito à dificuldade que a informação tem, sem algum tipo de proteção legal, de ser vendida no mercado, ao passo que qualquer comprador poderá destruir imediatamente o monopólio anteriormente assegurado por segredo, ao detentor primário da informação<sup>122</sup>.

Essa constatação se soma à outra importante intuição, não menos relevante e absolutamente passível de aplicação aos direitos autorais, que Kenneth Arrow convencionou chamar de paradoxo na transação de informações: Ao comprador é impossível saber qual o valor que efetivamente atribui ao “produto informação”, enquanto não tomar pleno conhecimento do mesmo. No entanto, uma vez tendo contato com a informação – integralmente, pois é um bem naturalmente indivisível – não mais há como devolvê-la ao seu titular original, o que significa que a adquiriu sem custo algum<sup>123</sup>.

Tudo isso dá a medida da dificuldade em se estabelecer um mercado para esses bens em bases tradicionais, e que gera reflexos de assimetria informativa, motivadora de falhas de mercado tão graves quanto as próprias características de bens públicos e externalidades de ambos os produtos imateriais.

Em igual medida como para a informação em si, logo que deixam a esfera íntima do seu portador, ou seja, quando tornadas públicas, as obras autorais fogem imediatamente ao poder de controle e proteção de seu até então exclusivo detentor.

Se tomarmos como exemplo uma canção criada, percebe-se que, uma vez reproduzida em determinado local, ao menos neste local não haverá forma de discriminar o aproveitamento por terceiros, ao passo em que as várias pessoas presentes acabarão por usufruir da canção sem que rivalizem entre si.

Não há como fazer com que alguém que tenha escutado a canção, “devolva-a” ao seu criador ou pague pelo seu uso retroativamente. Ainda que exista a possibilidade de restringir o acesso de pessoas a determinado espaço, fazendo com que paguem antecipadamente se quiserem ouvir aquelas canções – como a propósito é feito em *shows* e espetáculos –, nada impede que os mesmos indivíduos

---

<sup>122</sup> Para Kenneth Arrow: “*In the absence of special legal protection, the owner cannot, however, simply sell information on the open market. Any one purchaser can destroy the monopoly, since he can reproduce the information at little or no cost. Thus the only effective monopoly would be the use of the information by the original possessor.*” Arrow, K.J. (1962), 615.

<sup>123</sup> Conhecido como «Paradoxo de Arrow»: “*There is a fundamental paradox in the determination of demand for information; its value for the purchaser is not know until he has the information, but then he has in effect aquired it whitout cost*” – Arrow, K.J. (1962), 615.

que frequentaram o local mediante pagamento, gravem, cantem e reproduzam aquelas mesmas músicas à sua maneira, para si e para outros.

A mesma lógica vale a algum escrito que, mesmo que materializado em livro, e sendo ao menos este exemplar de livro rival e passível de exclusão de terceiros, não o é seu conteúdo intangível<sup>124</sup>, que poderá ser livremente recitado ou até mesmo reproduzido por qualquer um que tiver tido acesso à obra.

Esse problema de livre utilização de obras autorais chega ao seu estágio fulcral, e, arrisca-se dizer, de inicial verdadeira relevância, quando o ato de reprodução não mais reside na mera possibilidade de repetição pessoal da obra, através, por exemplo, da escrita, fala ou desempenho em algum instrumento musical, que possuem custos inerentes, em especial custos de oportunidade, já aptos a contrabalancear a eventual tendência de «boleia».

Foram as primeiras e continuamente constantes inovações tecnológicas – que brindaram o mundo com o advento da gravação e cópia –, que geraram os verdadeiros «freeriders» de obras autorais. Com eles, a efetiva necessidade de se ter que pensar em um rol de direitos que criassem mecanismos de recuperação de incentivos, ou seja, em direitos autorais ou *copyright*<sup>125</sup>.

#### 2.1.6. Abordagem pela Teoria dos Jogos

Existe outra forma, bastante intuitiva, de se perceber que a produção de bens autorais incorrerá em falhas na ausência de algum mecanismo externo que permita a recuperação de incentivos pelo esforço e gastos realizados por parte dos seus criadores.

Dá-se através da aplicação dos preceitos da *Teoria dos Jogos*, inventada pelo matemático John Von Neumann em 1937, compilada e generalizada por ele e pelo economista Oskar Morgenstern em 1944, e retomada por Selten, Harsanyi e

<sup>124</sup> “The goods we buy such as CDs may be rival but the creative content in them is not and it is that and not the carrier that is protected by copyright” – Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 6.

<sup>125</sup> Na visão de Paul Goldstein, “copyright was technology’s child from the start. There was no need for copyright before the printing press. Centuries later, photographs, sound recordings, motion pictures, videocassette recorders, compact discs and digital computers have dramatically expanded the markets for mechanically reproduced entertainment and information, and increased copyright’s function in ordering these markets”. Cit. in The Allen Consulting Group (2003), 4.

Nash<sup>126</sup>, que, em interdisciplinar abordagem, busca entender o processo de formação de estratégia e tomada de decisão humanos, fazendo uso das ciências matemáticas, econômicas, sociais e «*behavioristas*» ou comportamentais<sup>127</sup>.

Em rigor, o jogo que se trata na «Teoria dos Jogos» é um modelo em que se concebe que um grupo de pessoas desenvolve, em condições de incerteza e dificuldade de coordenação, e defrontada com a possibilidade de que se trate de um «jogo de soma zero», uma estratégia de acordo com uma sequência temporal que conduz a resultados compensadores e úteis, para cada um ou para todos<sup>128</sup>.

Mais especificamente, faz-se uso daquilo que na *Teoria dos Jogos* convencionou-se chamar de *Dilema do Prisioneiro*, hipotético e esquemático experimento social em que dois prisioneiros cúmplices de um crime são separados e mantidos incomunicáveis, após o que, lhes é ofertado três distintos cenários de delação e consequente apenamento.

No primeiro deles, se um prisioneiro delatar o outro, mas o outro se mantiver em silêncio, o delatado ficará preso pela pena máxima de dez anos, enquanto o delator saíra livre no mesmo momento. Em segunda situação, se ambos se calarem, ambos receberão pena mínima de apenas um ano cada. Na terceira opção, se os dois delatarem-se mutuamente, os dois receberão pena média de cinco anos.

Como de um lado o prêmio por delatar o companheiro e sair livre imediatamente é muito alto e o risco de ficar em silêncio e receber a pena máxima excessivamente caro, a racionalidade dos agentes informa-os a adotar estratégia de não cooperação, resultando com que ambos fiquem em situação pior (pena média de cinco anos) do que se cooperassem (pena mínima de apenas um ano)<sup>129</sup>.

Esse resultado de descoordenação entre agentes, que em cega tomada de decisão em «lance único» optam por estratégia dominante que não atinge o que seria o «Ótimo Paretiano», é entendido como o «Equilíbrio de Nash»<sup>130</sup>, perfeita tradução de um problema de incentivos.

<sup>126</sup> De acordo com Leonard, Dimand, Gul, Van Damme e Weibull, cit. in Araújo, F. (2005), 380.

<sup>127</sup> *The Allen Consulting Group* (2003), 15-16.

<sup>128</sup> Araújo, F. (2005), 380.

<sup>129</sup> Para Robin P. Malloy, “*The prisoner’s dilemma offers an alternative frame indicating that individuals, pursuing self-interest, will not in fact achieve an optimal outcome (no prison time, in this example)*” – Malloy, R.P. (2004), 131.

<sup>130</sup> O «Equilíbrio de Nash» resulta da adoção da melhor estratégia face à estratégia que se antecipa vir do oponente, no caso, de não cooperação. É, nesse caso, a estratégia racional e que mais busca o interesse próprio, mas está longe de ser a estratégia ótima, do ponto de vista da maximização dos interesses de ambos os jogadores.

Assim como para com os prisioneiros, as livres transações no mercado também costumam exigir doses de cooperação<sup>131</sup> para que sejam atingidos «Ótimos de Pareto» em termos de bem estar e benefícios sociais, em contraposição ao tendente «Equilíbrio de Nash». E quanto mais impessoais forem as relações, maiores serão as dificuldades de implementação de um sistema estratégico ótimo de cooperação<sup>132</sup>.

Daí ser o *Dilema do Prisioneiro* considerado um dos mais relevantes paradigmas teóricos a justificar a intrusão pública no processo de tomada de decisão dos particulares<sup>133</sup> e ser aplicável também à realidade dos bens de direito de autor<sup>134</sup>.

Neste sentido, alterando-se as bases de silêncio (cooperação) ou delação (não cooperação) dos prisioneiros, para as de criação (cooperação) ou cópia (não cooperação) de bens criativos, tomemos por certo que, para se criar um bem autoral, é necessário incorrer-se em custos fixos de €300. Estipule-se também que a lucratividade da venda de cópias desse material seja, após dedução dos custos, uma constante de €100. Se A e B criam, cada qual por seus próprios meios, uma obra autoral, significa dizer que ambos gastarão €300 em sua produção e depois lucrarão os seus correspondentes €100. Não obstante, se A copia o trabalho de B, ou B copia o trabalho de A, temos que o copiadador não incorrerá nos €300 de custos fixos, mas será detentor da mesmíssima obra criada pelo outro, só que com excedente de €400, enquanto que aquele que foi copiado ficará preso aos seus €300 de custo fixos, irrecuperáveis no mercado, pela já satisfação dos «freeriders». Por outro lado, se A e B resolvem copiar-se mutuamente, esperando que o outro dê o passo inicial em direção à realização do trabalho pioneiro, o resultado prático é que obra alguma sequer chegará a ser produzida, em uma espécie de «Equilíbrio de Nash Autoral». O sistema acima pode ser esquematizado da seguinte forma:

---

<sup>131</sup> Malloy, R.P. (2004), 130.

<sup>132</sup> Malloy, R.P. (2004), 130.

<sup>133</sup> Sunstein, C.R. (1990), 49–51.

<sup>134</sup> Cfr. Gordon, W.J. (1992).

		<b>A</b>	
		<b>Cria Obra</b>	<b>Cria Obra</b>
<b>B</b>	<b>Cria Obra</b>	€100, €100	€-300, €400
	<b>Copia Obra</b>	€400, €-300	€0, €0

Como dito, na ausência de algum mecanismo de proteção, a tendência dominante é, também aqui, a de não cooperação, tendo como resultado a natural descoordenação dos particulares, que rompe o desejado equilíbrio entre bem privado e bem público<sup>135</sup>.

Cabe, no entanto, um alerta. Ainda que esse seja o resultado dominante, não se deve ignorar que assimetrias informativas, «ruídos» ou mudanças nas preferências das partes, especialmente diante de jogos de lances múltiplos, possam alterar substancialmente os resultados e criar movimentos até mesmo contrários aos jogos básicos.

Um aspecto que porventura terá ficado claro no exemplo que acabámos de dar é o da influência da estrutura matricial de ganhos na conduta das partes num jogo de «lance único», sendo que uma ligeira alteração de valores e de preferências pode ditar resultados inteiramente distintos (isto para não falarmos de novo no ascendente da racionalidade limitada, da assimetria informativa e do «ruído» na interpretação «simpática» das motivações das contrapartes, e que tem levado a sucessiva introdução de refinamentos no modelo básico do «equilíbrio de Nash»), constatação que é muito reforçada pelos dados experimentais, que tem revelado grandes divergências, quando não mesmo verdadeiras *inversões de tendências*, face àquilo que seriam resultados previsíveis, extrapolados do modelo básico<sup>136</sup>.

<sup>135</sup> Malloy, R.P. (2004), 131.

<sup>136</sup> Tradução de Fernando Araújo das ideias de Gibbons, Goeree e Holt, cit. in Araújo, F. (2005), 384.

Para os direitos autorais, uma destas novas tendências, contrárias a teorização inicial do *Dilema do Prisioneiro*, diz respeito ao paradigma da racionalidade não individualista e «Comédias dos Baldios», que será melhor visto em capítulo seguinte.

## 2.2. Direito de Autor como Solução

### 2.2.1. Incentivo Privado na Produção de Bens Públicos

Até a década de 1960, entendia-se que as falhas de mercado poderiam ser sanadas pela aplicação de apenas dois corretivos de ordem geral, que envolviam diretamente a opção pela atuação estatal: O governo poderia subsidiar a provisão privada do bem público, seja direta ou indiretamente através do sistema tributário, ou, então, tomar para si o papel de provedor imediato do bem, custeando o seu fornecimento através de tributação compulsória<sup>137</sup>.

Arthur Cecil Pigou, reconhecido economista inglês da primeira metade do século 20, notabilizou-se em estudo de 1918 denominado “*The Economics of Welfare*”, por suas sugestões de combate aos efeitos das externalidades negativas justamente através da imposição de taxas ou impostos, no que identificou ser o melhor caminho para balancear os custos marginais privados com os custos marginais sociais<sup>138</sup>.

Sob esta ótica, o Estado deveria impor-se através de taxas, impostos, multas ou subsídios, como forma de contrabalancear o natural desequilíbrio das curvas de custo ou benefício geradas nessas circunstâncias.

Se o mercado fosse falho pela superprodução em razões não socialmente ótimas – pela impossibilidade de reflexão no preço de eventuais e indesejados custos marginais –, deveriam os governos impor multas, taxas ou impostos aptos a inibir a produção e reequilibrar a curva de preço<sup>139</sup>.

---

<sup>137</sup> Cooter, R. & T. Ulen, (2010), 63.

<sup>138</sup> Stiglitz, J.E. (1988), 221.

<sup>139</sup> Cfr. Stiglitz, J.E. (1988), 220-236.

No concernente as externalidades positivas, que fazem o mercado falhar pela subprodução de bens valiosos, contariam as mesmas regras de intervenção pública, desta feita realizada através de políticas de subsídios<sup>140</sup>, válidas para reequilibrar a curva de preço, ao nela fazer refletir os benefícios sociais gerados e, conseqüentemente, com que os bens continuassem a ser produzidos em níveis socialmente ótimos.

Assim, uma das opções válidas a superar a falha envolvendo bens autorais se daria através da oferta por parte do Estado de subsídios a criação artística, o que é costumeiramente realizado em dias atuais, em maior ou menor grau.

No entanto, ainda que a entrada estatal permita “superar os problemas de revelação das preferências e da correlativa disposição de pagar dos efetivos ou potenciais beneficiários”<sup>141</sup> e possa resultar em melhora do bem estar coletivo, não raras vezes essa intromissão dá lugar a indesejáveis «falhas de intervenção»<sup>142</sup>, “fato tão comum e relevante quanto as próprias «falhas de mercado»”<sup>143</sup>, sem contar que podem ser utilizadas com viés oportunista, seletivo e vinculado aos interesse dos governantes momentâneos, o que impõe, ou ao menos deveriam impor, limites à sua aplicação.

Por outro lado, há a possibilidade de fixação de direitos de apropriação e aproveitamento econômico exclusivo sobre as obras artísticas geradas e seus frutos (cópias), bem como a sua oponibilidade a terceiros. É a chamada Propriedade Intelectual, da qual o Direito de Autor faz parte, e que funciona como mecanismo de apropriação pelos privados de bens com características públicas, como forma de incentivar a produção.

A proposta de solução das «tragédias» de subprodução ou superprodução de bens públicos através de sua apropriação por privados encontra guarida nas intuições de outro notável economista, Ronald Coase.

Em famoso estudo “*The Lighthouse in Economics*”, o referido autor descobriu que mesmo o sistema de faróis costeiro, – um bem público por natureza –,

---

<sup>140</sup> Stiglitz, J.E. (1988), 222.

<sup>141</sup> Freire, P.V. (2006), 580.

<sup>142</sup> Cfr. Freire, P.V. (2006), 581; Araújo, F. (2005), 58.

<sup>143</sup> Araújo, F. (2005), 562.



notadamente alvo de «efeito boleia», poderia e efetivamente era suprido eficiente e sustentavelmente pela iniciativa privada<sup>144</sup>.

Nestes casos, igualmente como havido para os bens autorais, o investimento relevante e absolutamente majoritário dava-se apenas na construção do sistema de farol, sendo o subsequente custo de manutenção e fornecimento de luz marginalmente zero<sup>145</sup>, o que os colocavam invariavelmente em situação de falha de mercado, pela racional opção de sua utilização plena, sem participação nos custos.

Não obstante, Ronald Coase constatou que, diante da tendente suboferta de faróis, eram as próprias empresas barqueiras que peticionavam à coroa inglesa apelando ao estabelecimento e implantação de claros e efetivos «*property rights*» sobre os faróis e seus serviços, em prol da iniciativa privada, para que particulares pudessem construí-los e legitimamente cobrar por seu uso.

Na medida em que era de interesse dos próprios barqueiros a criação e manutenção do sistema de faróis, e havendo sempre a possibilidade de identificar e excluir do sistema, por exemplo, um porto próximo em que a maioria das embarcações hangaradas não se dignasse a proceder nos pagamentos, a contribuição acabava por ser diligente e orquestradamente cumprida, e a falha de mercado privativamente consertada.

Com isso se denota que alguns dos bens públicos ou que guardam suas características, incluídos os bens intelectuais, podem, através de determinados mecanismos legais e arranjos institucionais, contornar as falhas mediante sua recondução à lógica de mercado padrão.

O passo decisivo nessa direção é a atribuição de «*property rights*», em atendimento a mais notável de todas as contribuições «*coseanas*», de que a definição de claros direitos de apropriação já seria suficiente, à margem da intervenção pública, para a superação dos conflitos de interesses entre os particulares, resultando que, independentemente de sua atribuição inicial, o bem sempre acabaria por dirigir-se ao seu uso mais eficiente e para quem lhe atribua maior valor, quando em ambiente de livre negociação e baixos custos de transação<sup>146 147</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. Coase, R. (1974).

<sup>145</sup> Stiglitz, J.E. (1998), 123.

<sup>146</sup> Cfr. Coase, R. (1960).

### 2.2.2. Racionalidade da Apropriação

A lógica da apropriação privada de bens físicos há muito já se encontra estruturada e bem entendida<sup>148</sup>. Os avanços nessa matéria podem ser aplicados à propriedade intelectual para entender o verdadeiro alcance e papel da figura da apropriação de bens autorais, embora apenas mediante ajustes<sup>149</sup>.

Assim como na propriedade física, feitas as devidas adaptações, colhe-se da atribuição de «*property rights*» aos bens autorais os dois tipos de benefícios atribuíveis à noção econômica de propriedade, os chamados benefícios estáticos e dinâmicos. O primeiro delimita quem poderá usar o bem e em quais circunstâncias, desempenhando função alocativa. O segundo diz com os incentivos à geração de riquezas através da propriedade inicial. Combinados, determinam quem usará o que, e encorajam a produção e a produtividade<sup>150</sup>.

O benefício estático tem como exemplo tradicional, inclusive de verificação real<sup>151</sup>, a apropriação de pastos para a criação de gado. Enquanto não se puder impedir que qualquer sujeito use o pasto como bem entender na alimentação de *seu gado*, haverá inclinação para que esta exploração seja feita em razões não racionais pela coletividade.

A excessiva fragmentariedade ou até mesmo indefinição das titularidades faz com que ninguém detenha verdadeiros poderes de exclusão, o que, por natural descoordenação de impulsos e condutas, leva o então recurso comum<sup>152</sup> à sua própria extinção, em conhecida «tragédia dos baldios»<sup>153</sup>. Um quadro normativo

---

<sup>147</sup> A esse teor: "Coase's work marks a shift in the common understanding of the role of government in the market. Prior to Coase, economists believed that state action would be required to fix market imperfections such as externalities." – Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 90.

<sup>148</sup> Fernando Araújo faz importante alerta para que "não percamos de vista que toda a ciência econômica moderna, desde os alvares de Adam Smith, demonstrou uma clara preferência pela apropriação privada, e com boas e comprovadas razões; ela sempre foi encarada, pela ciência econômica, como um dos mais importantes incentivos às actividades de produção, de acumulação, de poupança, até de solidariedade intergeracional, e por isso sempre se tomou a propriedade privada como um dos esteios da propriedade colectiva". – Araújo, F. (2008), 53.

<sup>149</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 134 de 6932.

<sup>150</sup> Friedman, D.D. (2000), 138.

<sup>151</sup> Conhecido movimento de cercamento na Inglaterra, que, ainda que questionável em termos de justiça distributiva, fomentou enormes ganhos de produtividade e eficiência econômica.

<sup>152</sup> Valemo-nos da definição alcançada por Fernando Araújo: "Definimos «recursos comuns» como uma combinação de características, a do acesso livre por um lado, a da rivalidade no uso, por outro." – Araújo, F. (2008), 75.

<sup>153</sup> Cfr. Araújo, F. (2008).

apto à bem delimitar os sujeitos e seus direitos e deveres sobre alguma coisa, por outro lado, diminui a chance de superpovoamento do bem, e viabiliza o uso eficiente do recurso<sup>154</sup>.

Bem delimitar a propriedade garante, assim, a desnecessidade de ter o interessado em sua defesa que realizar, um a um, contratações de limitação de uso. Isso representa, em última análise, redução de custos de transação, e consegue o positivo efeito de conduzir a propriedade para usos mais valiosos<sup>155</sup>.

Se a definição da propriedade, em tradução de benefício estático, significa redução de custos de transação para os bens corpóreos em geral, para os bens de Direitos Autorais ela é a sua própria «*raison d'être*»<sup>156</sup>, especialmente porque tendem estes custos a serem acentuados na propriedade intelectual, em razão da sua indefinição espacial<sup>157 158</sup> e imaterialidade.

No entanto, atente-se a uma importante distinção entre o benefício estático da propriedade em geral para com o benefício estático da propriedade imaterial da propriedade intelectual e bens autorais.

Enquanto o uso do pasto para o gado é rival e a falta de definição de propriedade conduz o bem para a sua destruição, a utilização de bens de autor por uns não rivaliza com aquela que é feita pelos demais, e não pode significar superpovoamento destrutivo.

Se na lógica da propriedade corpórea obstar o sobreuso significa eficiência na utilização do bem, pela maior racionalidade na sua exploração, para a propriedade intelectual esse óbice é visto como um custoso «*deadweight loss*», na medida em que o detentor dos Direitos Autorais – agora senhor dos exclusivos de utilização do bem – pode discriminar o uso através do sistema de preços e deixar de fora inclusive usuários que tencionavam e podiam pagar ao menos o custo marginal de reprodução daquele produto.

Pela perspectiva tradicional de exploração dos bens corpóreos, não havendo o risco do superpovoamento, a mais ampla e irrestrita permissão de utilização – seja

---

<sup>154</sup> Araújo, F. (2008), 30-31.

<sup>155</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 155 de 6932.

<sup>156</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 155 de 6932.

<sup>157</sup> Cfr. Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 201ss de 6932;

<sup>158</sup> Em leitura de Gordon, Fernando Araújo indica que “o contexto de baixos custos de transação não é de presumir nestes domínios – e esta mais uma razão, uma razão «coseana», pela qual os poderes conferidos pela propriedade intelectual são em regra muito mais limitados do que os que correspondem a outras formas de propriedade”. Cit. in Araújo, F. (2008), 198.

para aqueles que contribuíram com os custos de produção ou manutenção, seja para aqueles que em nada contribuíram –, seria a forma mais eficiente de sua exploração<sup>159</sup>.

Vimos, entretanto, que se assim for, pouco ou quase nada de bens autorais seriam produzidos, pois o produtor não teria como recuperar incentivos suficientes à realização ou manutenção da produção, e, então, ou não produziria, ou se protegeria através do ineficiente segredo<sup>160</sup> e não divulgação de suas obras.

Assim, temos que, enquanto o benefício estático da apropriação de bens corpóreos guarda relação com a gestão eficiente da escassez, para os bens intelectuais ele é a forma com que se cria a própria escassez<sup>161</sup>, ainda que de modo artificial<sup>162</sup>.

Do outro lado, o benefício dinâmico da propriedade representa que os seus frutos serão defendidos ao titular<sup>163</sup>, gerando o incentivo necessário à produção ou aumento da produtividade na já bem delimitada propriedade, o que faz com que essa não seja vista “como um fim em si, mas como um meio de produção de riqueza”<sup>164</sup>.

Da mesma forma que se defende ao titular da propriedade rural o fruto do trigo que semeou, ao criador autoral pertence a exclusividade no uso e destinação dos frutos de suas criações autorais (cópias, reproduções, etc.). A possibilidade de limitar o acesso apenas às pessoas que pagaram um preço fixado em patamares superiores aos diminutos custos marginais do ato de copiar permite-lhe recuperar os «*sunk costs*» do investimento inicial, o que não apenas torna viável o ato de criação, como “resulta em mais inovações e crescimento mais rápido – uma forma de “eficiência dinâmica”<sup>165</sup>.

---

<sup>159</sup> Lara, F.T.R. (2010), 69.

<sup>160</sup> “Com direitos de propriedade intelectual eficazes, entretanto, o inovador não precisa ter medo de que outras pessoas venham a roubar a inovação. Em vez de mantê-la em segredo, o dono pode disseminá-la e cobrar taxas por seu uso, como por exemplo, taxas de licenciamento para patentes ou taxas de encenação para peças.” – Cooter, R. & T. Ulen (2010), 135-136.

<sup>161</sup> Arnold Plant, cit. in Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 268 de 6932.

<sup>162</sup> “Tudo é, assumidamente, um artifício, a que não preexiste nenhuma realidade de ocupação, nenhuma limitação natural de acesso, nenhuma necessidade física de rivalidade e congestionamento.” – Araújo, F. (2008), 201.

<sup>163</sup> “Não basta, portanto, estabelecer apenas a titularidade sobre a coisa, mas reconhecer direitos de apropriação dos resultados de exploração econômica daquele objeto.” – Lara, F.T.R. (2010), 45.

<sup>164</sup> Lara, F.T.R. (2010), 44.

<sup>165</sup> Cooter, R. & T. Ulen (2010), 135.

É esse, enfim, o prospecto da racionalidade econômica por trás do regime de apropriação dos direitos de autor<sup>166</sup>. Garantindo que o acesso seja feito somente aqueles que contribuírem na medida do incentivo adequado, e tornando ilegal a busca pela «boleia» através das cópias desautorizadas, o direito de autor afirma sua finalidade pública de estímulo à inovação<sup>167</sup> e produção cultural.

Não obstante os ganhos em termos de reversão das falhas através da reinserção desses bens em lógica de mercado, é certo que as medidas de apropriação não se apresentam livre de encargos. Como já se disse, ainda que o sistema sirva a reverter tendência de subprodução, ele gera inevitáveis e indesejáveis efeitos de subutilização e «*deadweight loss*» social.

Ainda, por mais que a definição de propriedade sobre os bens autorais se preste também a reduzir custos de transação, pela maior facilidade de identificação de criador e beneficiados e fluidez de negociação, esses ainda permanecem altos na realidade intelectual<sup>168</sup>, o que retira sua pronta subsunção aos preceitos do «Teorema de Coase».

Disso resulta que, existindo custos de transação, sendo estes substanciais e, dada a alta inelasticidade<sup>169</sup> da demanda de bens autorais, devido ao extremado grau de insubstituibilidade do produto dotado de originalidade criativa, aumentos na apropriação revertem imediatos decréscimos no bem estar social, e vice-versa. Consoante os ensinamentos de William Nordhaus, em releitura de Fernando Araújo:

Voltemos à intuição de William Nordhaus: ao contrário dos bens em relação aos quais existe rivalidade no consumo, domínio no qual a apropriação e o exclusivo asseguram inequivocadamente resultados eficientes, a apropriação de bens susceptíveis de consumo «não rivais» (os bens públicos e os recursos comuns, que analisaremos adiante) nada assegura, e só casualmente promoverá resultados óptimos, pois ela está exposta a uma oscilação entre a protecção fraca dos direitos de apropriação, resultando em subprodução desses bens, e a protecção demasiado forte da apropriação, resultando em distorções monopolistas<sup>170</sup>.

<sup>166</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 167 de 6932.

<sup>167</sup> Fernando Araújo faz referência à Pagano e Rossi, cit. in Araújo, F. (2008), 202.

<sup>168</sup> “*Transaction costs tend to be high in the case of intellectual property even when there are only a few transactors, actual or potential, in the picture.*” Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 201 de 6932.

<sup>169</sup> De acordo com Gregory Mankiw, “diz-se que a demanda de um bem é elástica se a quantidade demandada responde substancialmente a variações no preço. Diz-se que a demanda de um bem é inelástica se a quantidade de demanda responde ligeiramente a variações no preço.” Para mais detalhes, cfr. Mankiw. N.G. (2001), 94ss.

<sup>170</sup> William Nordhaus, cit. in Araújo, (2005), 410.

Daí se dizer que, mais do que ser apenas um sistema padrão de apropriação apto a combater falhas de mercado e gerar eficiência ao reverter o drama da subprodução desses bens, os quadros de *copyright* desempenham importante papel socioeconômico, direcionado ao fomento da produção autoral, mas que não pode ser usado excessivamente, para além de seus benefícios.

### 2.2.3. Balança entre Incentivo e Acesso

Há evidentes benefícios associados à possibilidade de apropriação de bens intelectuais, mas igualmente existem custos ligados à sua manutenção, que conduzem a «grande questão»<sup>171</sup> da análise econômica do direito de autor: A difícil balança entre incentivo e acesso promovida pelos quadros de *copyright*.

Em constante tensão binária, de um lado é identificada a necessidade de se fornecer alguma medida de proteção como incentivo à produção de bens autorais, mas, por outro, não se ignora os custos relativos ao estabelecimento desta proteção, através do molde apropriativo, em especial aqueles concernentes às limitações de acesso do público ao bem<sup>172</sup>.

Primeiramente, os custos sociais de um quadro apropriativo de *copyright* não são diferentes daqueles que recaem sobre as propriedades corpóreas tradicionais, nomeadamente custos de transferência, de proteção e garantia do direito e «*rent-seeking*».

Quanto ao primeiro, se forem muito elevados os custos de se transferir a propriedade, haverá sempre a possibilidade de que o bem fique estagnado em posição subótima, impedindo-se que flua naturalmente para o seu uso mais valorado, resultando alocação ineficiente de recursos.

---

<sup>171</sup> Merges, R.P. (1995), 104.

<sup>172</sup> Na ótica de Suzanne Scotchmer: “*Economic theories about the optimal design of intellectual property involve a balancing of consumer losses due to proprietary pricing against firms’ incentives to invent [or copyright context, to create. The balancing is not because inventors per se should be weighed in the social calculus, but because inventors must be protected in order to create benefits for consumers.*”. Cit. in *The Allen Consulting Group* (2003), 33.

A relevância dos custos de transferência ligados ao direito autoral não está associada à venda de uma determinada obra materializada, seja o objeto original ou cópia, os quais não se reputam altos e não são, portanto, motivo de preocupação.

Veja-se, por exemplo, que não é difícil identificar as partes contraentes, tampouco é complexo o processo de negociação envolvendo a transação da cópia de um livro na estante de uma livraria, tratando-se de produto como outro qualquer. Igualmente para com uma peça das artes plásticas, original insubstituível, material e rival, que não impõe maiores restrições na determinação de termos de acesso e transferência.

Não obstante, são altos os custos de transação associados à venda da expressão incorpórea, que é o verdadeiro objeto autoral. Os significativos custos estão aqui atrelados justamente à dificuldade em se definir a precisa e verdadeira extensão da obra autoral protegida, e separá-la do que teve na obra precedente apenas um determinado e tolerável nível de inspiração ou permitida apropriação intelectual<sup>173</sup>.

Enquanto é fácil transacionar cópia de livro, ou original das artes plásticas, muito mais complexa é a realização da transferência dos direitos sobre a expressão literária, ou da imagem e demais usos licenciados da mesma obra plástica. Difícil é, pois, a negociação que envolve os termos de exploração dos bens autorais.

Assim, ainda que um quadro bem delimitado de propriedade auxilie na redução dos custos de transferência, na medida em que facilita a identificação do produtor e dos beneficiários das externalidades positivas<sup>174</sup>, permanecem altos os custos em função da imaterialidade do bem e difícil determinação de seus contornos.

O segundo custo inerente à propriedade é o custo de sua proteção, como muros, cercas ou catracas que impõem-lhes os limites ou até mesmo o gasto despendido com expedientes legais, jurisdicionais e registrais associados à sua defesa.

O mais importante a reter é que, em alguns casos, o custo de manutenção de todo esse aparato protetivo é mais caro do que o próprio bem em si<sup>175</sup>, sendo muitas vezes justificável, em linhas econômicas, o retorno do bem à lógica do uso comum.

---

<sup>173</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 207 de 6932.

<sup>174</sup> Araújo, F. (2005), 558.

<sup>175</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 231 de 6932.

Bens de direito de autor, por sua natureza imaterial, tendem a ser significativamente custosos a proteger<sup>176</sup>, seja pela sua já mencionada indefinição espacial, seja pela dificuldade em se detectar as violações ou usos fora dos limites de acesso que foram primariamente autorizados.

Os dois custos acima são genericamente agrupados dentro da ideia de custos de transação<sup>177</sup>, de corrente uso nas ciências econômicas, e que dá importante medida da eficiência de um sistema apropriativo. Se os custos de transação forem muito elevados, é obstada ou ao menos diminuta a aplicabilidade dos preceitos do «Teorema de Coase», resultando que, ao contrário da intuição «coaseana», a atribuição inicial de direitos será decisiva para a sua destinação mais eficiente.

O terceiro custo associado à propriedade, e de especial relevância à análise econômica dos direitos de autor, liga-se à natural tendência dos indivíduos em buscar oportunidades de melhorar sua posição, e receber maiores retornos quando e onde for assim possível<sup>178</sup>, em postura de «*rent-seeking*», que visa obter retorno acima e além do custo de geração desse retorno<sup>179</sup>.

O exemplo dado por Landes e Posner revela o caso de um navio naufragado e abandonado, cujo resgate renderia, em termos de apropriação dos bens e tesouros abandonados – se assim fosse permitido – quantia muito superior aos custos do seu salvamento.

Em um cenário com essas características, a desordenada inclinação de incontáveis e indetermináveis sujeitos em direção ao «prêmio» da apropriação, que atribuem ganhos muito superiores aos do mercado normal, acabaria por consumir, em volumes globais, recursos superiormente ao daquele que será enfim levantado, traduzindo-se em «*deadweight loss*» de recursos sociais.

Se, por outro lado, por exemplo, não fosse permitida a apropriação de tesouros abandonados, cabendo ao Estado sua titularidade, não haveria problema de «*rent-seeking*», na medida em que, contra um preço, o Estado compraria no mercado o serviço de resgate, em valor ótimo determinado pela concorrência, apto a permitir tanto a efetivação do trabalho (recuperação do tesouro), quanto o retorno

<sup>176</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 237 de 6932.

<sup>177</sup> Como ensina Yoram Barzel: “*I define transaction costs as the costs associated with the transfer, capture, and protection of rights*”. – Barzel, Y. (1997), 4.

<sup>178</sup> Mallow, R.P. (2004), 175.

<sup>179</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 207 de 6932.



financeiro positivo, – ao menos superiormente ao custo de oportunidade de se fazer outra coisa – aos executores do serviço pelo melhor preço.

A natureza do direito de autor, propriedade intelectual apta a ser “desvendada” a qualquer instante, inclina os sujeitos ao «*rent-seeking*» tanto quanto no caso do navio naufragado e abandonado<sup>180</sup>.

O efeito prático e antieconômico do «*rent-seeking*» é que o excesso de investimento resultante da busca pelos vultosos retornos acima dos incentivos tradicionais do mercado, se não forem contrabalanceados em efetivos ganhos sociais, terão, em última instância, representado apenas ineficiente desperdício de recursos<sup>181</sup>, e ainda, no caso dos bens autorais, que estes sejam gerados até mesmo superiormente ao desejado, significando que foram preteridos investimentos em setores mais apropriados da economia em prol da sua criação<sup>182</sup>.

Além dos acima citados, há um quarto custo social associado à implantação de direitos de autor, notadamente afeito à matéria e que efetivamente traduz a dificuldade de composição da balança entre incentivo e acesso.

Trata-se da limitação ao aproveitamento do bem público ou com características de bem público através do estabelecimento de quadros apropriativos que conferem ao titular o poder legítimo de exclusão de terceiros de seu uso – a exemplo do Direito de Autor –, ainda que esse uso fosse não rival e, portanto, impassível de gerar sobreuso predatório.

Como já se teceu considerações anteriormente, a estrutura do direito de autor, com relevantes razões de fomento ao incentivo na produção autoral, acaba invariavelmente por gerar diminuição no acesso dos potenciais consumidores àquele bem. Desta forma, o estabelecimento do *copyright* – que resolve o problema das falhas de mercado, mas gera outro de «*deadweight loss*» – estará justificado apenas até o ponto em que houver maximização do bem estar social pela reversão da tendência de subprodução autoral, ou, de modo mais preciso, no ponto em que o

---

<sup>180</sup> Para Landes e Posner, “*The legal protection of intellectual property gives rise to serious problems of rent seeking because intellectual goods are waiting, as it were, to be discovered or invented, just like the sunken ship whose owner has abandoned it.*” Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 225.

<sup>181</sup> Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 231 de 6932.

<sup>182</sup> Landes e Posner ensinam: “*Monopoly profits are not available in most endeavors, so the prospect of obtaining such profits, just as in our sunken-ship example, attracts into the creation of intellectual property resources that might be socially more productive in more competitive sectors of the economy where they would earn only a normal return of investment.*” – Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 303 de 6932

custo marginal de expansão da proteção seja equivalente ao benefício marginal do aumento da proteção<sup>183</sup>.

Até certo limite, “aumentar os incentivos para a criação também aumenta os incentivos para a disseminação”. Além desse referencial, porém, ampliar o escopo ou duração dos direitos de propriedade do criador fará apenas aumentar seu poder de monopólio, o que impactará negativo na disseminação e utilização daquele conteúdo<sup>184</sup>, inclusive para a geração de novas obras.

Como as invenções ou criações autorais tem alta inelasticidade-renda – devido às características de criatividade –, o detentor de direitos intelectuais pode e estará inclinado a realizar exigências altas demais para a eficiência social, resultando em utilização do bem aquém do desejável<sup>185</sup>. É necessário, portanto, contrabalancear, de algum modo, a tendência excessiva de exercício deste poder de monopólio.

Daí a importância de se falar em limites ao direito de autor ou «*fair use*», na realidade do *copyright*, razão pela qual se vislumbra inclusive maiores restrições na propriedade intelectual do que nos domínios da propriedade física<sup>186</sup>.

Se para os sistemas de Direito de Autor continental os limites costumam ser apresentados de forma taxativa em codificações legais, nos sistemas *copyright* eles estão atrelados à lógica do «*fair use*»<sup>187</sup> americano, mais intimo à análise econômica do direito.

Sem proceder em maiores distinções, especialmente agudas entre o direito romanístico e os sistemas de «*common law*» nessa área, o fundamento econômico permanece, em ambos os casos, como sendo uma mitigação do encerramento do bem em exclusivos, pois termos absolutos de apropriação acabariam por gerar custos de limitação muito superiores aos benefícios do fomento à produção de conteúdo criativo.

---

<sup>183</sup> The Allen Consulting Group (2003), 37.

<sup>184</sup> Cooter, R. & T. Ulen, (2010), 136.

<sup>185</sup> Cooter, R. & T. Ulen, (2010), 136.

<sup>186</sup> Na visão de Landes e Posner: “We shall see that «depropertizing» intellectual property rights may sometimes be the soundest policy economically. Even the strongest defenders of property rights acknowledge the economic values of preserving public domains – that is, of áreas in which property is available for common use rather than owned – even in regard to physical property and a fortiori in regard to intellectual property.” – Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição kindle 274 de 6932.

<sup>187</sup> Para maior detalhamento do sistema «*fair use*», e sua aplicabilidade prática, cfr. Ascensão, J.O. (2003).

De caráter mais recente na análise coletiva de bens comuns, a preocupação com os limites à propriedade intelectual justifica-se pelo temor da ocorrência da «tragédia dos anti-baldios»<sup>188</sup>, que informa situações diametralmente opostas à da «tragédia dos baldios» anteriormente citadas como justa causa para a instituição de regimes apropriativos.

Se existe a preocupação de que a excessiva fragmentariedade ou inexistência de direitos de apropriação conduzem os bens à “racional” destruição por sobreuso (no caso autoral, ao desincentivo à sua produção), também existe o temor de que o excesso de apropriação, mediante demasiado encerramento do bem comum em exclusivos, obste o seu aproveitamento em razões socialmente desejáveis. Poderes extremados de apropriação significam propensão à adoção de posturas oportunistas, que mediante robusto poder de veto geram falhas de sub-  
uso<sup>189</sup> e criam ineficientes “deseconomias”<sup>190</sup> na fruição do bem.

O problema dos «anti-baldios», assim, revela-se em duas facetas, uma de caráter imediato, estático, notada quando o exercício dos demasiados poderes por uns prejudica o direito de outros, mas também em perspectiva dinâmica, quando a destacada subexploração significa problemas futuros e sequenciais de aumento do valor de custo dos recursos e exercício dos direitos<sup>191</sup>.

No que diz respeito à propriedade intelectual, nomeadamente os bens de direito de autor representam bem esta dicotomia entre a «tragédia dos baldios» e a «tragédia dos anti-baldios»<sup>192</sup>. Porta-vozes de uma ou outra vertente, de maior ou menor proteção no campo da troca de informação e conteúdo intelectual, absolutamente polarizam-se em seus extremos: De um lado bradando pela completa e derradeira privatização e mercantilização do conteúdo e, de outro, pelo seu livre trânsito, amparado na “ética de partilha” das ciências, pioneiras da revolução comunicacional que hoje se vivência.

---

<sup>188</sup> Cfr. Araújo, F. (2008)

<sup>189</sup> Abordagem de Vanneste, Van Hiel, Parisi e Depoorter, cit. in Araújo, F. (2008), 114.

<sup>190</sup> Araújo, F. (2008), 112.

<sup>191</sup> Leitura feita de Parisi, Schulz e Depoorter, cit. in Araújo, F. (2008), 113.

<sup>192</sup> Fernando Araújo, abordando conceitos de Lamley e Opderbeck, ensina: “Se na propriedade «clássica» sempre avultou o problema da externalização negativa, e concomitantemente o perigo dos «Baldios», na propriedade intelectual a assimetria, o desnivelamento, é claramente o oposto, o do excesso de externalização positiva – o que explica a proeminência dos «Anti-Baldios» e ao mesmo tempo justifica tanto o medo da «*second enclosure*» como a fé depositada por tantos no surgimento de uma «Comédia dos Baldios»”. Cit. in Araújo, F. (2008), 201.

As preferências também são associadas às diferentes posições que os países ostentam no plano global. Enquanto os países desenvolvidos, maiores geradores de propriedade intelectual e conteúdo protegido defendem o aumento nas restrições, os países com menor grau de desenvolvimento e geração de bens intelectuais, mas não menos consumidores desses bens, pleiteiam sua maior circulação e a cada vez menores custos<sup>193</sup>.

Existe um nível ótimo de apropriação que maximiza a produção sem acarretar demasiada limitação no acesso ao bem, ainda que seja enorme o desafio na sua descoberta, tanto mais quando contrariar uma ou outra destas «tragédias» significa caminho aberto para redundar em tendência trágica de sentido oposto<sup>194</sup> ou, ainda, quando o antídoto para uma «tragédia» afigura-se como o veneno para a outra<sup>195</sup>.

### 2.3. Estrutura Econômica do Direito de Autor

Uma vez definida a racionalidade econômica por trás da necessidade de existir um regime de apropriação nos moldes de Direito de Autor, passaremos, na sequência, a discorrer sobre o que a Análise Econômica tem de relevante para a interpretação do mecanismo de recuperação de incentivos em si. O objeto visto em perspectiva de dentro para fora.

#### 2.3.1. Proteção da Materialização da Expressão da Ideia

Qualquer normatização autoral, seja vinculada à tradição *copyright* ou ao *droit d'auteur*, determina que a proteção intelectual destina-se à exteriorização da ideia, ou seja, à materialização do ativo intangível no mundo dos fatos.

---

<sup>193</sup> Cfr. Cooter, R. & T. Ulen (2010), 136ss.

<sup>194</sup> Araújo, F. (2008), 192.

<sup>195</sup> Nesse sentido Heller, em leitura de Fernando Araújo, cit. in Araújo, F. (2008), 31.

Assim é tanto no acordo TRIPS<sup>196</sup>, na Convenção de Berna relativa à proteção das obras literárias e artísticas<sup>197</sup>, na legislação brasileira<sup>198</sup>, bem como portuguesa<sup>199</sup>.

José de Oliveira Ascensão ressalta que “de facto, a criação do espírito não pode permanecer no foro íntimo. Tem de se exteriorizar ou manifestar por meio de que seja captável pelo sentidos”<sup>200</sup>.

Se um autor de artigo científico, por exemplo, através de seu raciocínio, palavras e diagramas descreve o processo de clonagem de um animal, é apenas essa exteriorização de ideias que recebe a proteção autoral. Na eventualidade de algum outro sujeito resolver escrever sobre o mesmo processo de clonagem, mediante o emprego de palavras e forma de pensar próprias, ou até mesmo empenhar-se objetivamente no processo de clonagem descrito, não haverá infração de ordem intelectual<sup>201</sup>. Nesse sentido, se alguém copia um trecho do trabalho de outrem ele é um infrator, enquanto que, se esse mesmo alguém, valendo-se apenas das ideias de outrem, as traduza em nova obra, com seus próprios elementos criadores, não haverá que se falar em infração de ordem autoral<sup>202</sup>.

<sup>196</sup> Em art. 9/2 está estabelecido que “a proteção do direito de autor abrangerá expressões, e não ideias, procedimentos, métodos de operação e conceitos matemáticos.”

<sup>197</sup> Por inteligência do art. 2/1, infere-se que “os termos «obras literárias e artísticas» compreendem todas as produções do domínio literário, científico e artístico, qualquer que seja o seu modo ou forma de expressão, tais como: os livros, folhetos e outros escritos; as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; as obras dramáticas ou dramático-musicais; as obras coreográficas e as pantonimas; as composições musicais, com ou sem palavras; as obras cinematográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo à cinematografia; as obras de desenho, pintura, arquitetura, escultura, gravura e litografia; as obras fotográficas, às quais são assimiladas as obras expressas por um processo análogo ao da fotografia; as obras das artes aplicadas; as ilustrações e as cartas geográficas; os planos, esboços e obras plásticas relativos à geografia, à topografia, à arquitetura ou às ciências.”

<sup>198</sup> Na Lei brasileira 9.610/1998, o art. 7º declara que “são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como: (...)”. O Art. 8º/1, por sua vez, mais expressamente afirma “não são objeto de proteção como direitos autorais de que trata esta Lei: I – as ideias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais”

<sup>199</sup> O Código de Direito de Autor e dos Direitos Conexos português indica, respectivamente nos incisos 1 e 2 do seu art. 1º, que “consideram-se obras as criações intelectuais do domínio literário, científico e artístico, por qualquer modo exteriorizadas, que, como tais, são protegidas nos termos deste Código, incluindo-se nessa protecção os direitos dos respectivos autores”, bem como que “as ideias, os processos, os sistemas, os métodos operacionais, os conceitos, os princípios ou as descobertas não são, por si só e enquanto tais, protegidas nos termos deste código”.

<sup>200</sup> Ascensão, J.O. (2008), 60.

<sup>201</sup> *The Allen Consulting Group* (2003), 78.

<sup>202</sup> Landes e Posner dão elucidativos exemplos: “*Copyright Law protects expression but not ideas. To illustrate, if an author of spy novels copies a portion of an Ian Fleming novel about James Bond, he is an infringer. If, inspired by Fleming, he decides to write a novel about a British secret agent who is a bon vivant, he is not an infringer. If an economist reprints Ronald Coase’s article on social cost without*

Ou seja, é sempre a expressão da ideia, e nunca a ideia em si, que pode ser alvo de proteção. As ideias são – e devem sempre ser – mantidas livres de qualquer tipo de regime de apropriação<sup>203</sup>. Permitir-se o contrário, representaria grave ineficiência econômica, por, pelo menos, quatro distintas razões, sempre atreladas a noções de custo.

Em primeiro lugar, a proteção autoral destacada a ideias seria ineficiente, pois os esforços ou custos de criação de uma obra artística, científica ou literária estão pouco ou quase nada atrelados ao surgimento da ideia apenas, mas à sua consolidação no mundo concreto, através da materialização em modelo tangível<sup>204</sup>. A análise econômica do direito sugere, assim, que inexistente necessidade de um mecanismo de captura de incentivos para fomentar a geração de ideias, já que, ausente de custos, isto é autônoma e facilmente alcançado.

A segunda motivação em não se admitir a proteção de ideias, diz respeito ao que se convencionou chamar de «*building block approach*». Ideias não podem ser alvos de proteção, simplesmente porque servem de base comum à geração de outros produtos autorais, que poderão ser expressos das mais distintas formas, através de custos individuais de expressão de cada agente, em releitura própria que fazem da mesma ideia.

Admitir-se o registro de meras ideias e sua oponibilidade a terceiros, aumentaria o custo de criação de todos os autores subsequentes, eis que estes poderiam trabalhar apenas com ideias absolutamente originais, ou, então, incorrer em custos adicionais de licenciamento.

Os custos adicionais de absoluta originalidade ou de licenciamento significam maior custo total de produção de um bem autoral, e, pela via tradicional de equilíbrio de preços, culminaria na menor produção autoral, com consequente perda de bem estar social.

Em terceiro lugar, os custos adicionais de licenciamento gerariam ainda custos adicionais para o próprio detentor original da ideia, no concernente ao que despenderia para exercer o seu direito, e, até mesmo, para os tribunais, na medida

---

*permission, he is an infringer; but if he expounds the Coase Theorem in his own words, he is not.*" Landes, W.M. & R. Posner, (2003), posição *kindle* 1243 de 6932.

<sup>203</sup> Para José de Oliveira Ascensão, "As ideias, uma vez concebidas, são patrimônio comum da humanidade". Ascensão, J.O. (2008), 58.

<sup>204</sup> Ter a ideia para escrever um romance, por exemplo, ainda que exija alguma dose de imaginação e criatividade, implica custos virtualmente zeros. Por outro lado, escrever o romance, pautado na ideia que se teve, demanda altíssimos custos, principalmente custos de oportunidade.

em que seriam chamados a definir o conceito de ideia, a extensão e limites de cada ideia e sua não sobreposição com outras ideias que já fossem protegidas<sup>205</sup>.

Por último, não se registram e defendem ideias, a quem quer que seja, porque geraria forte incentivo ao ineficiente comportamento de «*rent-seeking*», já por nós referido em item anterior, no exemplo do salvamento de embarcação.

Se ideias fossem passíveis de proteção, incontáveis sujeitos estariam inclinados à tentadora conduta de procurar desenvolver e registrar ideias apenas, com pouco ou nada de custos, mas dotadas de enorme potencial de ganhos acima do mercado, pela simples razão de se ver senhor de seus licenciamentos.

Desta forma, vultosos recursos seriam direcionados e ficariam presos ao desenvolvimento de ideias com pouco ou quase nada de expressão concreta, o que representaria, em última análise, um estímulo à criação de um grande e ineficiente banco de ideias, socialmente inaproveitável, pois ideias são inúteis enquanto não materializadas. É essa razão econômica, por exemplo, que determina a impossibilidade de atribuição de direitos autorais a palavras, títulos e frases curtas<sup>206</sup>.

Disto tudo, infere-se que “não há, num exame de custo e benefício, eficiência na proteção de ideias” sendo “dotado de eficiência o regime normativo dos direitos autorais que protege a expressão da ideia, e não a ideia em si, ou as criações do espírito em si”<sup>207</sup>.

### 2.3.2. Cópia não Intencional e Desnecessidade de Registro

Uma vez criada a obra autoral, mediante sua expressão e exteriorização concreta, – seja uma pintura em um quadro, uma canção gravada em CD, uma obra cinematográfica em arquivo de computador ou um estudo científico escrito em papel –, esta passa a gozar de proteção, verificada na vedação à cópia ou reprodução não autorizada pelo seu titular original.

<sup>205</sup> Landes, W.M. & R. Posner (1989), 347-353; Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1278 de 6932; *The Allen Consulting Group* (2003), 80.

<sup>206</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1278 de 6932.

<sup>207</sup> Lara, F.T.R. (2010), 89.

Diferentemente, porém, do havido para outros bens de propriedade intelectual, nomeadamente para as marcas e patentes, os direitos de autor oferecem proteção apenas às cópias de trabalhos artísticos, científicos e literários feitos de modo intencional.

Vale dizer, não é passível de responsabilização o sujeito que conferiu à sua obra independente e individual traços por demais semelhantes à outra obra já existente. Assim como também não deverá ser responsabilizado quando justificadamente acreditava que o bem copiado estava albergado pelo regime do domínio público<sup>208</sup>.

A lógica econômica que permeia este raciocínio, aplicado nas legislações ou julgados envolvendo direitos autorais tanto no «*common law*» quanto no «*civil law*», guarda relação com dois distintos motivos.

O primeiro deles exprime preocupações, como de costume, da ordem de custos. Haveria um acentuado custo adicional do criador do bem autoral em procurar e determinar, com seguro grau de precisão, que, dentre inúmeras outras obras intelectuais já criadas pela humanidade, a sua seria absolutamente original.

Como se sabe, o direito autoral não é considerado violado apenas quando há a transcrição ou cópia literal e integral de conteúdo, como nos casos de imitação expressa ou reprodução desautorizada de mídias e feitura de fotocópias. Isso tornaria o direito autoral uma mera ilusão<sup>209</sup>, ao passo em que a conduta de infração seria facilmente contornável por discretas e dissimuladas alterações, como se tenta fazer no caso do plágio<sup>210</sup>.

Por outro lado, não é a mera semelhança de conteúdo que igualmente configurará a infração. Não sendo caso de cópias fiéis ou evidente plágio, é difícil a tarefa de determinar o que faz uma expressão autoral ser considerada cópia ou obra autônoma e independente<sup>211</sup>.

Procurar primeiro determinar, com absoluta certeza, se a nova obra não incorre em eventual duplicação de outra já existente, representaria custos tão

---

<sup>208</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1168 de 6932.

<sup>209</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1209 de 6932.

<sup>210</sup> “Plágio não é a cópia servil; é mais insidioso, porque se apodera da essência criadora da obra sob veste ou forma diferente.” – Ascensão, J.O. (2008), 65.

<sup>211</sup> Haverá a intenção de copiar sempre que uma obra for substituta muita próxima no mercado à obra anteriormente gerada, e que, em direta competição, capte significativa demanda do produto anterior. Para mais detalhes, cfr. Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1214 de 6932.



acentuados ao seu criador que, se já à partida não impedissem a própria criação autoral geral, ao menos aumentariam o custo total de produção, representando que menos criações seriam feitas, com conseqüente diminuição de bem estar social, pelo menor acesso dos usuários a criações artísticas.

Para Landes e Posner, só estaria economicamente justificada a responsabilização por toda e qualquer cópia, ainda que inadvertida, se tais eventos de duplicação não intencionais fossem raros, o que não costuma ser o caso, exceção feita à música popular<sup>212</sup>.

Por semelhantes motivos, os direitos autorais prescindem de registro para obterem validade e eficácia. Ainda que habitualmente haja um escritório ou autoridade local designada para oferecer tal serviço<sup>213</sup>, e que o mesmo confira indubitáveis vantagens para o seu titular – especialmente na comprovação de autoria e data de criação –, essa prática é facultativa ao criador autoral, cujos direitos sobre a obra são garantidos desde o momento em que materializa a ideia.

Seria altíssimo, senão impeditivo, o investimento necessário para se criar e gerir um sistema que condicionasse a validade do direito de autor a determinado tipo de registro, atribuível apenas às obras que não incorressem em duplicidade. Sem contar que, mesmo que aportados os mais elevados recursos e utilizadas as mais avançadas tecnologias, ainda assim esse sistema não teria eficácia garantida, dada a dificuldade em se apreciar objetivamente, o naturalmente subjetivo conteúdo da obra autoral.

Noções completamente diferentes são aplicadas aos direitos industriais, como, por exemplo, às patentes. Conquanto se tratem de aplicações de cunho prático, a delimitação do objeto é muito mais fácil de ser realizada. Assim, fazer uma prévia varredura para saber se essa ou aquela patente ou marca já é ou não existente, é muito mais plausível em termos de operabilidade e custos, e gera bons retornos em termos de incentivo.

Ou seja, enquanto para os direitos industriais os custos de um sistema de registro e punição de toda e qualquer duplicação são inferiores aos benefícios que podem gerar, para o direito de autor seria o inverso, em marca de suprema ineficiência econômica. O que é difícil de ser realizado pelo autor é igualmente difícil

---

<sup>212</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1168 de 6932.

<sup>213</sup> No Brasil, a Biblioteca Nacional. Em Portugal, a Inspeção Geral de Actividades Culturais. Nos Estados Unidos, o *Copyright Office*.

de ser realizado por qualquer escritório de direitos autorais, e vice-versa. Assim, caso houvesse a obrigação do registro, e fosse incumbência do escritório de direitos autorais aferir sua possibilidade, aconteceria meramente a transferência dos altíssimos custos de pesquisa do autor para este órgão.

A segunda contraindicação econômica à responsabilização por toda e qualquer duplicação de conteúdo autoral, seja ela realizada com ou sem intenção de plágio ou cópia, diz respeito à inexistência de efeitos «boleia» nesses casos.

Tendo o segundo criador, gerador da eventual duplicação não intencional, incorrido em custos de produção próprios, não existem razões que justifiquem a sua punição e inibição de conduta. Seguramente os trabalhos não serão absolutamente idênticos<sup>214</sup>, e conterão diferenças suficientes para que cada produtor consiga recuperar, ainda que por razões de pequenos traços de singularidade, os custos que incorreu na sua produção<sup>215</sup>.

### 2.3.3. Originalidade

Obras autorais devem ser compostas por certo grau de originalidade ou criatividade. Imagens servis da realidade através de câmeras de segurança, transcrições de processos ou restos de ferro retorcido de um acidente aéreo, por exemplo, não podem ser consideradas obras artísticas, científicas ou literárias, justamente pela ausência do fator básico de criação e expressão do espírito humano<sup>216</sup>.

Ainda que as realidades do *copyright* e «*common law*» entendam que a aplicação de determinado grau de «*skill, effort and time*», ou «*skill, labour and judgement*» já tornam a obra passível de proteção autoral, não se descarta a

---

<sup>214</sup> “Se a obra é uma criação personalizada e traz a marca daquele autor, é impossível haver outra criação idêntica. Não podemos imaginar que alguém crie agora uma pintura que se descubra posteriormente ser exactamente igual a uma pintura desconhecida da antiga grécia.” – Ascensão, J.O. (2003), 101.

<sup>215</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1196 de 6932.

<sup>216</sup> Fazendo leitura de Ulmer, José de Oliveira Ascensão ensina: “Antes de mais, toda a obra relevante é uma obra humana. Uma forma natural, por mais bela que seja, não é obra literária ou artística; não é o quadro pintado por um animal; ou o ferro retorcido encontrado no destroços de um avião; ou as formas caprichosas moldadas pela neve. Por mais sugestivos que sejam, não são obras humanas, e não podem pois usufruir da protecção do Direito de Autor.” – Ascensão, J.O. (2008), 57.

necessidade de um grau mínimo de originalidade até mesmo nessas tradições, ainda que em patamares significativamente menores do que a exigência do *droit d’auteur*.

Entretanto, não é necessário que o bem gerado seja propriamente novo ou absolutamente criativo e original. Também não se pode confundir originalidade e criatividade com qualidade<sup>217</sup>. A ideia de originalidade que permeia as duas distintas escolas é, ao menos em termos econômicos<sup>218</sup>, que o trabalho deva ser formado pela expressão pessoal do autor, mesmo que se utilize de ideias, ou ainda, de elementos objetivos da expressão de outros autores. A criação, enfim, não pode aproveitar-se injustificadamente dos esforços de outrem, seja mediante a reprodução fiel, seja através do dissimulado plágio. Deve, ao contrário, representar que cada autor incorreu nos seus próprios custos de produção.

O motivo, em especial econômico, de se exigir apenas a conformação a certo e diminuto grau de originalidade na criação autoral, e não sua completa novidade, como ocorre nos direitos industriais, tem relação com a tênue e dificilmente determinável linha que separa a cópia de uma reconstrução criativa<sup>219</sup>. Os bens autorais intelectuais, – que formam a cultura, não só de uma nação em determinado recorte temporal, mas de toda a humanidade, pelo período em que se é possível acessar suas criações do espírito –, utilizam, por natureza, como matéria prima, de ideias e expressões já versadas no mundo dos fatos, por outras pessoas, nesta e em outras épocas. É, pois, inviável ou mesmo impossível exigir-se que as novas criações absolutamente não tenham nenhuma semelhança com outras já criadas.

O exemplo dado por Landes e Posner em “*Economic Structure of Intellectual Property*” e repetido por Richard Posner em “*The Little Black Book of Plagiarism*” dá a dimensão de como as expressões de um autor são costumeiramente utilizadas por outro, sem, contudo, configurar o plágio. Utilizando-se de trechos das obras de Shakespeare, North e TS Elliot, Landes e Posner apontam como a descrição de Cleópatra, contida na obra “Antônio e Cleópatra”, é total e abertamente inspirada na

<sup>217</sup> Como anota José de Oliveira Ascensão: “uma canção concorrente do Festival da canção que nos deixou triste não deixa de ser uma obra protegida...” – Ascensão, J.O. (2008), 88.

<sup>218</sup> É feita a ressalva, ao passo em que, fora da análise econômica, o grau de originalidade exigido entre as duas escolas apresenta importantes distinções, sendo maiores as exigências de comprovação de originalidade entre uma e outra tradição. José de Oliveira Ascensão nos lembra que “o Direito de Autor (de tradição *droit d’auteur*) é justificado pela tutela da criação e não pela repressão da imitação (consoante a tradição *copyright*)” – Ascensão, J.O. (2008). Para mais detalhes, cfr. Ascensão, J.O. (2008), 95-97.

<sup>219</sup> Lara, F.T.R. (2010), 90.

descrição da mesma Cleopátra feita por North (em tradução de “A vida de Marcus Antônio” de Plutarco). Vale-se Shakespeare mesmo de todos os detalhes, cores e formas da descrição de North-Plutarco, porém com brilhante inventividade e criatividade<sup>220</sup>, o que prontamente afasta qualquer acusação de cópia servil ou plágio. E o sistema de influências não termina aí. Em sua época, utilizando-se de tradicional mecanismo da literatura moderna em recorrer à literatura clássica, TS Elliot faz nova releitura, desta feita do texto de Shakespeare, que era inspirado em North, que traduziu Plutarco.

Diferentemente, portanto, do que se entende como função de originalidade («*novelty*») para as marcas e patentes, que pretendem e logram conferir aos seus titulares os mais amplos poderes de monopólio, para o direito de autor, a função principal de se deduzir um mínimo grau de originalidade diz com saber se o trabalho constitui-se ou não de uma cópia injusta<sup>221</sup>.

Nessa linha, em caso de litígio, antes de questionar se determinada obra é original, os tribunais devem desvendar se ela apresenta substancial semelhança<sup>222</sup> com outra já criada, fator mais adequado para descobrir se um autor sofreu mera influência ou deliberadamente colocou no mercado uma cópia que compete com a expressão anterior, sem incorrer em custos de produção próprios.

#### 2.3.4. Limites ou «*Fair Use*»

O Direito de Autor contém exceções ou limites<sup>223</sup> que permitem não apenas a acima referida inspiração em outras obras, mas também a utilização direta de temas e motivos de outras obras, como é o caso das paródias<sup>224</sup>, paráfrases<sup>225</sup>, críticas,

<sup>220</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 822ss de 6932.

<sup>221</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1226 de 6932.

<sup>222</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1214 de 6932.

<sup>223</sup> José de Oliveira Ascensão entende que não se deveria falar em exceções ao direito autoral. Porquanto não há direitos absolutos, o direito autoral detém limites como outro qualquer. Cfr. Ascensão, J.O. (2003), 92ss.

<sup>224</sup> Para José de Oliveira Ascensão: “É lícito parodiar uma obra anterior, e assim acontece com grande frequência em réplicas de representações dramáticas ou de filmes; os programas cômicos da televisão, ou o teatro ligeiro vivem disto em grande parte. Mas a paródia não pode limitar-se ao mero aproveitamento do tema anterior. Tem de se apreciar o seu próprio grau de criatividade, para julgar daquilo a que se chama o «tratamento antitético do tema».” – Ascensão, J.O. (2008), 103.

citações, uso em pesquisa, e demais utilizações consideradas «*fair*», na linguagem e entendimento do *copyright*.

Sejam essas limitações exaustivamente tipificadas, como no sistema europeu (e também brasileiro), de cunho romanístico, sejam realizadas através de uma cláusula geral de «*defense*»<sup>226</sup>, dotada de conteúdo valorativo mais perene, como o «*fair use*»<sup>227</sup>, ambas apresentam a mesma vocação de garantir “o equilíbrio entre a remuneração atribuída ao criador intelectual e os interesses que são especificados pela restrição, embora temporária, da liberdade de utilização de bens culturais”<sup>228</sup>.

Em termos econômicos, a razão de ser dos limites e «*fair use*», diz novamente com os acentuados custos do encerramento absoluto do bem em direitos exclusivos. Na ausência de alguma flexibilização, em que todo e qualquer uso, por menor que fosse, de determinada obra protegida, necessitasse de liberação e autorização prévia, ainda que as partes estivessem dispostas a negociar sua utilização livremente no mercado, os custos de transação seriam enormes e proibitivos.

Imaginemos se, para cada citação ou paráfrase que o presente autor desse trabalho fez precisasse ser negociada, ainda que cada licença custasse a bagatela de €0,01 euros, os custos para se transacionar cada uma dessas pequenas licenças seriam bastante expressivos, senão impeditivos.

Como a mera citação ou paráfrases de trabalhos acadêmicos, por exemplo, não interfere negativamente em sua produção, eis que não é um rival de mercado do produto original, exigir a prévia negociação seria de suma ineficiência econômica e social.

O Direito Autoral não pode desencorajar as cópias em razões tão rígidas ao ponto em que desencorajaria também a historicamente importante forma de criação

---

<sup>225</sup> Novamente valendo-se de lição de José de Oliveira Ascensão: “Paráfrase é o desenvolvimento de um texto que funciona como tema para trabalho posterior.” – Ascensão, J.O. (2008), 103.

<sup>226</sup> Em análise de Landes e Posner: “*Fair Use use is a doctrine that allows some copying of the expressive elements of a copyrighted work (that is, the elements actually protected by the copyright), without deeming the copier an infringer, even though the copyright holder has not authorized the copying.*” – Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1593 de 6932.

<sup>227</sup> Para mais detalhes do sistema americano, cfr. Ascensão, J.O. (2003).

<sup>228</sup> Ascensão, J.O. (2003), 3.

autoral consistente em pegar trabalhos existentes e melhorá-los ou fazer uma releitura dos mesmos, mediante nova expressão<sup>229</sup>.

Não se pode, no entanto, como de costume, perder de vista o equilíbrio no uso desses expedientes. Se forem muitos os limites, ou se o «*fair use*» for interpretado de modo demasiadamente aberto<sup>230</sup>, poderá acabar por minar as formas de incentivo que o próprio mecanismo *copyright* busca conferir ao produtor autoral original. Por outro lado, se forem poucos, ou interpretado de modo excessivamente restritivo, o Direito de Autor flertará com a já mencionada «tragédia dos anti-baldios».

### 2.3.5. Obras Derivadas

Para além dos usos justos identificados no item acima, e que não atrapalham ou interferem no poder de mercado da obra autoral original, permanecem garantidos ao titular primário o direito exclusivo para usos mais densos, como no caso das obras derivadas.

Obras derivadas, consistentes na adaptação, tradução, instrumentalização, arranjo, dramatização, cinematização, ou qualquer outra forma de transformação de obras originais, só podem ser feitas pelos seus titulares ou então dependem de sua autorização para serem realizadas por terceiros.

“A obra derivada baseia-se pois na essência criadora preexiste; sobre ela realiza nova criação”<sup>231</sup>. Trata-se de duas obras distintas que, por serem geradas cada qual com seus próprios custos de produção, e mediante injeção de nova dose de criatividade e originalidade, recebem proteção na medida deste incremento criativo de transformação. E isso demanda boa dose de conciliação dos dois direitos.

---

<sup>229</sup> A esse respeito, anotam Landes e Posner: “*Copyright, however, causes its own distortions in the market for expressive works. By discouraging copying, it discourages the historically very important form of artistic creativity that consists of taking existing work and improving it.*” – Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 815 de 6932.

<sup>230</sup> Ruth Towse, C. Handke e P. Stepan alertam: “*Fair use is a defence against copying infringement as long as the incentives to the copyright owner are not substantially altered.*” – Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 8.

<sup>231</sup> Ascensão, J.O. (2008), 122.

O titular da obra original pode usá-la livremente para todos os fins, salvo aqueles a que respeita a autorização conferida para a transformação. Quanto ao autor da obra derivada pode usá-la livremente, mas não fazer utilizações que atinjam a obra original. Por exemplo, não pode autorizar uma versão cinematográfica do romance que traduziu<sup>232</sup>.

Economicamente falando, garantir essa espécie de monopólio das derivações da obra ao primeiro autor não tem ligação com a defesa da recuperação dos investimentos de criação, como no caso da produção primária. As obras derivadas, em sua grande maioria, são bastante distintas das originais, e não competem entre si, a exemplo da tradução de uma obra literária para o alemão, que nunca rivalizará com o original em português, pois seu público é estruturalmente distinto<sup>233</sup>.

O caso econômico para a garantia dos exclusivos de licenciamento das obras derivadas ao criador autoral da expressão primária está, portanto, atrelado antes do mais à redução de custos de transação. Centralizar na figura do criador primário o poder de autorização dos licenciamentos é imperativo para que não se tenha externalidades de congestionamento<sup>234</sup> daquele bem, com a geração descoordenada de obras derivadas<sup>235</sup>.

Se for múltipla e aleatória a possibilidade de ampliação do conteúdo da obra original em outras frentes, estar-se-ia multiplicando sem qualquer sorte de controle os indivíduos que poderiam reclamar direitos sobre as derivações. Os custos de transação, para efeitos de licenciamento, vendas, e controle de direitos autorais, da obra original e de cada uma dessas novas obras derivadas seria então altíssimo.

Dizer, porém, que o controle dos licenciamentos é eficiente se for mantido nas mãos exclusivas de apenas um sujeito, no caso o autor original, não significa dizer que o criador do bem derivado, – quando regularmente autorizado e conferindo alguma dose de criatividade à nova expressão –, não deva usufruir de proteção ao produto distinto a que deu causa, mediante custos próprios de produção.

Não é difícil perceber que a realização de uma tradução, por exemplo, de densa obra da literatura universal, com a devida transmissão de todas as nuances e

<sup>232</sup> Ascensão, J.O. (2008), 122-123.

<sup>233</sup> Há, evidentemente, exceções a esse raciocínio. O caso da cinematização de obra literária, por exemplo, pode ser uma situação em que a obra derivada compita diretamente com a expressão original. No entanto, mesmo para esse caso, fala-se mais em complementação e auxílio *inter* vendas, do que competição entre as expressões. Costumeiramente, a cinematização de uma obra literária reflete aumento nas vendas do livro.

<sup>234</sup> Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 1522 de 6932.

<sup>235</sup> Imagine-se a franquia *Star Wars*, por exemplo, em que há inúmeros personagens e situações passíveis de pautarem releituras e novas criações interconexas.

aspectos estilístico do idioma original, enseja custos tão altos quanto a própria criação primária.

Deixar o criador derivado e sua obra à mercê de copiadores revestiria tais trabalhos do mesmo problema de «*free-riding*» que o Direito de Autor busca resolver para com os criadores da obra primária. Como é absolutamente positivo que novas obras surjam, fontes de expressões diversas, como traduções, cinematizações, dramatizações, arranjos e etc. seria ineficiente um sistema que não admitisse a proteção ao autorizado criador derivado.

No caso, porém, de obras já caídas em domínio público, não haverá a necessidade de se obter a autorização ou licença do criador original. Nessas circunstâncias, poderá qualquer interessado fazer uso da obra, transformá-la à sua maneira (respeitados os direitos morais), que terá sobre essa nova expressão garantia de proteção individual e autônoma. Logicamente, tal proteção estará adstrita aos elementos expressivos que adicionou ao original, e nunca ao original caído em domínio público em si.

### 2.3.6. Duração Ótima do Direito de Autor

Os direitos autorais apresentam uma limitação temporal, após a qual são revogados os exclusivos conferidos ao autor e/ou seus herdeiros, pela extinção do direito, mediante sua caducidade<sup>236</sup>. Em consequência, decorrido o lapso estabelecido, a obra se dirige ao uso comum, costumeiramente conhecido por domínio público.

Em linha de proporcionar o correto balanço entre incentivo e acesso, já por nós referido, seria ineficiente, em termos sociais, imaginar um direito de autor perpétuo ao seu criador e herdeiros. José de Oliveira Ascensão faz interessante leitura do absurdo que seria um universo regido sob essas premissas:

Certos doutrinadores não quiseram ficar por aqui. Considerando o direito de autor como um direito de propriedade, o que é falso, e considerando que a propriedade é de sua natureza perpétua, o que também é falso, defenderam a perpetuidade do direito de autor. Algumas leis, como a portuguesa de

---

<sup>236</sup> Leitão, L.M.T.M. (2011), 187.



1927, aceitaram esta orientação. Trata-se de um absurdo, pois a proteção do autor não exige o sacrifício permanente do interesse público. É indefensável que, se alguém quiser publicar uma obra de Heródoto ou reproduzir uma escultura de Fídias, tenha de pedir autorização ao titular actual dos direitos – mas seria esta a consequência que tal posição acarretaria se tivesse vigorado no passado. Aliás, os sucessores de Heródoto chamar-se-iam hoje provavelmente Smith and Co.. A invocação do nome do autor serviria afinal à protecção exclusiva de outros interesses<sup>237</sup>.

O caso económico para a limitação temporal dos direitos de autor, assim, tem claros e intuitivos argumentos.

O primeiro deles diz respeito ao aumento dos custos de definição e defesa do direito, na medida em que a protecção for mais estendida. Ou seja, quanto maior for o período de protecção, tanto maiores serão os recursos direccionados para essa finalidade. Se for infinita a protecção, recursos serão indefinidamente desviados de outros usos na sociedade, em prol da delimitação e exercício de defesa de cada obra que alguma vez foi albergada por protecção de direito de autor.

O segundo aspecto guarda relação com o aumento dos custos de transacção. Seria proibitivo um sistema em que fosse necessário buscar, negociar e pagar licenciamentos para todas as obras que se pretendesse fazer uso, independentemente de quando foram criadas. Na linha do comentário de José de Oliveira Ascensão, seria loucura imaginar ser necessário ter que desvendar, contactar, negociar e firmar contrato com longínquos herdeiros, para, por exemplo, realizar a reprodução de uma pintura do século XV ou uma adaptação teatral da obra de Shakespeare.

Em terceiro lugar, o tempo de protecção alcança um limite em termos de reflexo em incentivos. Uma protecção *ad eternum*, ou demasiadamente aumentada, não tem como reverter maiores razões de incentivo ao produtor original, que não leva e nem pode levar em conta período muito superior à sua própria vida no ato de criação (exceção a herdeiros próximos).

Quanto àquelas já caídas em domínio público, é salutar identificar que regime nenhum ganha em conferir-lhes efeitos de protecção retroativa. Obras que já se encontram disponíveis para uso livre, não mais necessitam de qualquer sorte de incentivo, e tornam a sua detenção mero exercício de «*rent-seeking*».

---

<sup>237</sup> Ascensão, J.O. (2008), 333.

O «*rent-seeking*» em si, é outra razão que desencoraja a validade eterna do direito de autor, pois haveria verdadeira “corrida ao ouro” e dispendiosa afetação de recursos sociais a essa finalidade, em busca de direitos de autor que pudessem ser motivo de ganhos acima da média, pela perpetuidade.

Além destes fatores, não é demais lembrar que a razão econômica de apropriação do direito de autor se correlaciona com o incentivo a produção de bens autorais e não com o óbice ao sobreuso predatório dos bens tangíveis. Uma vez garantida a correta dose de incentivo, seria ineficiente negar o uso comum de um bem que naturalmente não se esvai ou destrói quando utilizado por uma multiplicidade de agentes<sup>238</sup>, ainda que exista quem afirme, como Landes e Posner, que há casos pontuais de externalidades de congestionamento também para os direitos de autor<sup>239</sup>.

Aceita assim o legislador o gravame comum do encerramento do bem em exclusivos, mas apenas por certo período de tempo, afim de “premiar o autor pela obra realizada e incentivar genericamente a dedicação a atividades criativas”<sup>240</sup>, sem, contudo, perpetuar o déficit social despropositada e eternamente.

Ainda que seja fácil apreender o conceito acima, a verdade é que compete ao legislador a difícil, e não isenta de pressões econômicas, tarefa de definir o *quantum* de tempo de proteção é adequado para conferir tal equilíbrio.

Sem ater-se a pormenorizações legais comparadas, a duração dos direitos de autor no Brasil e em Portugal perduram por 70 anos após a morte do autor<sup>241</sup>. Para José de Oliveira Ascensão, “o prazo em si é muito lato”<sup>242</sup>, e mais representa os interesses econômicos dos setores do *copyright*, do que razões de fomento à produção (reversão do efeito «boleia») e contraprestação ao autor e seus herdeiros diretos pelos esforços e benefícios da criação.

Isso que o renomado autor sequer está a falar da realidade norte-americana, em que a proteção, em alguns casos, pode ser de 70 anos após a morte do autor,

---

<sup>238</sup> Landes e Posner, fazendo leitura de Denis S. Karjara, indicam: “*There can be no overgrazing of intellectual property, however, because intellectual property is not destroyed or even diminished by consumption. Once a work is created, its intellectual content is infinitely multipliable.*” Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 3030 de 6932. 3028-3032 de 6932.

<sup>239</sup> Para maiores detalhes, cfr. Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 3032ss de 6932.

<sup>240</sup> Ascensão, J.O. (2008), 331.

<sup>241</sup> A convenção de Berna, em art. 7º/1 estabelece como duração temporal mínima o referencial de 50 anos após o falecimento do autor.

<sup>242</sup> Ascensão, J.O. (2008), 333.

95 anos após a publicação do material, ou até mesmo 120 anos contados da criação do conteúdo, dependendo o que melhor aprover o interessado econômico direto<sup>243</sup>.

Não há receitas prontas para essa delicada tarefa, limitando-nos à afirmação de que o período de proteção deve se dar até o momento em que deixa de conferir benefícios em termos de incentivo para a geração de bens culturais. Assim como José de Oliveira Ascensão, achamos tempo demasiado a garantia de direitos patrimoniais a herdeiros que podem muito bem chegar a três gerações do criador original.

Landes e Posner, por sua vez, contrariando o senso comum nesses expedientes, defendem a possibilidade de um direito autoral perpétuo, aos moldes do direito marcário<sup>244</sup>. Identificando através de uma perspectiva econômica aplicada que 25 anos de proteção<sup>245</sup> seria o limite para conferir benefícios de incentivo aos criadores, os autores de Chicago creditam eficiência econômica a um sistema vinculado ao registro da obra e a sua renovação a cada pré-determinado período de tempo, mediante o pagamento de determinadas taxas. Como o ciclo econômico da esmagadora maioria de obras autorais não costuma ser longo, bem como a também esmagadora maioria das obras não apresentam direta relevância econômica, ou até mesmo qualidades artístico-cultural, muitos criadores veriam o custo de renovação do direito superar o efetivo valor de manter a obra protegida.

Para Landes e Posner, um sistema nestes moldes faria com que somente uma pequena parcela de relevantes autores e expressivas obras autorais autosustentáveis se mantivessem indefinidamente protegidas. A outra parte, que definem como maioria, não teria razão em gastar com renovações e deixariam o direito se extinguir de pleno, com a opção pela não renovação.

<sup>243</sup> Regras criadas pelo *Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998*, notoriamente apontado como fruto da influência dos interesses do grupo *Disney* em prol de seu mais famoso personagem, *Mickey Mouse*, que agora apresenta apetecida proteção até 2023. Como essa alteração foi apenas mais uma, dentre outras que vieram a estender os direitos sobre *Mickey*, os críticos provocam dizendo que a *Disney* terá até essa data para descobrir como fará para, uma vez mais, aumentar o período de proteção do famoso rato que dá causa e poder ao seu império econômico.

<sup>244</sup> Para mais detalhes, cfr. Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 2849ss de 6932.

<sup>245</sup> Landes e Posner desenvolvem o seguinte raciocínio: “*Suppose a copyright on a particular work would yield \$1 per year in perpetuity at a discount rate of 10 percent. Under a system of perpetual copyright, the present value of this infinite stream of income would equal \$10 (= 1/r). Under a limited copyright term (= t) the present value would be (1 - e<sup>-rt</sup>)/r. So if t = 25 and r = .10, the present value of \$1 per year for twenty-five years is \$9.18, which is more than 90 percent of the present value of a perpetual copyright. If the value of the copyright depreciates by, say, 5 percent per year, the difference in present value between a perpetual and twenty-five-year copyright is only about 2.5 percent (\$6.67 versus \$6.51)*”. – Landes, W.M. & R. Posner (2003), posição *kindle* 2892 de 6932.

O resultado, alegam, é que mais obras, e mais rapidamente, seguiriam para o socialmente desejável quadro de obras em domínio público, aptas a serem usufruídas, seja para consumo direto, seja para derivação em novas obras, sem, contudo, arrancar dos produtores o incentivo para a criação.

### 3. IMPACTOS ECONÔMICOS DA PIRATARIA

#### 3.1. Economia da Cópia

A Análise Econômica do Direito de Autor pode ser dividida em duas distintas, ainda que altamente relacionadas, vertentes. Mesmo que a questão de fundo seja sempre a necessidade de se assegurar os devidos incentivos à criação autoral, como forma de contrabalancear a natural e socialmente indesejada tendência de subprodução destes bens, há dois diferentes enfoques que despontam na literatura relacionada ao tema.

Enquanto parcela da doutrina se dedica aos aspectos econômicos estruturais do mecanismo de proteção em si, perquirindo as razões de eficiência e ineficiência por um dado modelo legal ou princípios de ordem geral, outra coloca tônica nos impactos que os avanços tecnológicos de reprodução e disseminação de obras artísticas representam para a indústria formada no entorno das expressões das artes e ciências.

Landes e Posner, cuja obra faz essa distinção<sup>246</sup>, definem a primeira como «*Economics of Copyright*», e a segunda de «*Economics of Copying*»<sup>247</sup>.

No capítulo dois colocamos ênfase na primeira forma de abordagem. Para a sequência, que se pretende focar no tema da «pirataria» e seus reflexos comerciais, haveremos de tratar com maior vigor da Economia da Cópia: Questões e problemas que competem à realização e à tecnologia de realização de cópias de trabalhos autorais em ambiente da indústria do *copyright* e sua disseminação em rede.

---

<sup>246</sup> Landes, W.M & R. Posner, (1989), 325-63.

<sup>247</sup> Para Towse, Handke e Stepan: “*The economics of copying analyses the effect of a new technology that makes the process of copying easier and cheaper. It focuses on the relation between the fixed costs of creating the work in the first place and the marginal cost of making copies. These features are closely linked to the state of technology.*” – Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 9.

### 3.1.1. Modelo Mediado de Produção Autoral

Denis Borges Barbosa aponta a existência de três modelos convencionais de produção na economia autoral: O modelo presencial, o modelo artefato e o modelo mediado.

O primeiro deles, o modelo presencial, se caracteriza pela natureza infungível da expressão do autor, em que o criador desempenha suas habilidades diretamente perante seu público, sem intermediação de nenhum meio físico, para além de sua própria interpretação pessoal. São os casos de «ator no palco»<sup>248</sup>, que por não necessariamente sofrerem com características de insuscetibilidade de exclusão de terceiros, conseguem reverter eventuais tendências de falha de mercado, de modo eficaz, através de simples saídas contratuais.

Em segundo momento, temos o chamado modelo artefato, caracterizado pela produção de um objeto físico, normalmente tido por «obra de arte», de uso rival. Mesmo diante do advento da reproduzibilidade mecânica ou das inovações da era digital, essa produção também não é afetada por falhas, permanecendo alta a solidez econômica da produção e transação de artefatos<sup>249</sup> ainda nos mercados atuais.

Por último, e que nos é de verdadeiro interesse, verifica-se o modelo mediado, em que “entre o criador e o consumidor há um ato de comunicação não presencial através de uma técnica de reprodução”<sup>250</sup>.

Do modelo mediado surge a figura do agente econômico que estende ao criador autoral a possibilidade de reprodução da obra, através de técnicas variadas, que nos primórdios constituíam-se da cópia especializada dos antigos escribas, até às revolucionárias reproduções mecânicas e pós-revolucionárias transformações digitais<sup>251</sup>.

Mais do que meros intermediários do processo, deve-se atentar ao fato de que esses agentes passaram a desempenhar e ainda desempenham importante

---

<sup>248</sup> Barbosa, D.B. (2013), 10.

<sup>249</sup> Deduções da *Royal Institution of Chartered Surveyor*, cit. in Barbosa, D.B. (2013), 14.

<sup>250</sup> Barbosa, D.B. (2013), 17.

<sup>251</sup> “Em nossa categoria de análise, haverá um «modelo mediado» sempre que um agente econômico, organizando a produção expressiva, detém simultaneamente o controle dos meios técnicos de reprodução (*médium cum media*).” – Barbosa, D.B. (2013), 19.

papel na própria constituição e direcionamento da produção autoral. No molde mediado, é formado um lucrativo negócio entorno da cópia de bens intelectuais, que são disseminadas como «produtos culturais», ao sabor do mercado, e que também pedem (e especialmente pedem) proteção contra a prática da «boleia».

### 3.1.2. Cópia: Razão de Formação e Proteção da Indústria *Copyright*

Anteriormente à existência de meios técnicos ou tecnológicos de reprodução de conteúdo autoral, eram ínfimos os impactos gerados pela cópia de trabalhos artísticos ou científicos, dado que naturalmente contrabalanceados por custos de execução que haveriam de ser arcados pelo copiator<sup>252</sup>.

Até esse momento, não se falava em Direitos de Autor, e, quando muito, os esforços eram voltados a obstar o exercício do plágio, consistente na injusta e dissimulada cópia do trabalho de outrem, mas para falsamente fazer com que parecesse ser seu<sup>253</sup>. Não havia, pois, preocupações da ordem de defesa do «produto cultural» gerado, nem dos setores econômicos que viriam à dele depender, até porque estes não existiam. Vale dizer: Sequer havia a ameaça das falhas de mercado nas perspectivas que expusemos anteriormente.

Foram as constantes inovações tecnológicas, que tiveram berço na prensa de Gutemberg<sup>254</sup>, passando pela invenção da fotocopiadora, dos gravadores cassete, etc., que gestaram o surgimento de um segmento econômico robusto e próprio atrelado às criações intelectuais (identificado com o modelo mediado), bem como verdadeiramente determinaram o interesse do legislador<sup>255</sup> com a seara autoral.

---

<sup>252</sup> Copiar à mão um extenso livro, por exemplo, representa custos, principalmente de oportunidade, consideravelmente maiores do que a aquisição do exemplar original. A este teor, José de Oliveira Ascensão afirma: “Durante muito tempo não se sentiu necessidade de uma protecção particular a criação intelectual. Enquanto destinada a ao círculo dos presentes, a obra não reclamava um estatuto próprio. Se reproduzida num exemplar, a protecção da propriedade do exemplar surgia aos olhos de todos como suficiente para tutela dos interesses implicados. A cópia era atividade penosa, exemplar a exemplar, e cairia, aliás frequentemente na categoria do uso privado.” – Ascensão, J.O. (2008), 12.

<sup>253</sup> Para maiores esclarecimentos acerca do plágio, recomenda-se a leitura de Posner, R. (2007).

<sup>254</sup> “O que a imprensa de Gutenberg fez foi liberar expressiva produção literária de seu modelo de artefato, que anteriormente vigia. Tornou possíveis cópias múltiplas do mesmo original a um preço e quantidade tal que criou um novo modelo de produção vigente e expressiva”. Barbosa, Denis B. (2013), 21.

<sup>255</sup> A esse respeito, José de Oliveira Ascensão assevera: “A situação altera-se com a descoberta de meios mecânicos que permitem a reprodução de uma obra num número ilimitado de exemplares. A

Evidentemente: As mesmas tecnologias que permitem a replicação em série de livros, álbuns, filmes etc., e que, portanto, são pilares do modelo de produção autoral mediado, são as mesmas que facilitam a realização de cópias desses mesmos materiais pelos seus próprios usuários e potenciais consumidores, em manifestação prática do «efeito boleia» discutido no capítulo dois. Vale dizer, o problema que atinge e desestimula o criador do bem original, é o mesmo que atinge as empresas que editam, compilam e distribuem as obras autorais como «produtos culturais».

A desestabilização trazida pelas cópias se pode dizer até ainda mais sensível no meio empresarial do que aquela havida ao produtor original de conteúdo autoral elementar – cientista, literato, artista, interprete ou executante<sup>256</sup> – uma vez que, como veremos adiante, existem casos em que sua percepção de incentivos não se dá pela via exclusivamente monetária, ao contrário do que ocorre com os empreendimentos autorais comerciais.

Ainda que o Direito de Autor tenha nascido, em sua visão purista, para amparar e fomentar a desejosa manifestação da criatividade daquele paradigmático e solitário homem das letras e ciências<sup>257</sup>, de atuação naturalmente avessa ao mercado<sup>258</sup>, o qual se recompensaria pelos benefícios sociais gerados, não se pode negar que hoje ele se encontra atrelado, e em grau bastante acentuado, ao segmento empresarial modernamente aqui identificado como indústria *copyright*.

Para José de Oliveira Ascensão e Fernando Araújo<sup>259</sup>, a associação do Direito de Autor a esses setores poderosos de atividade econômica, – como passou a ser a

---

obra vai originar um actividade lucrativa, e é esta que determina o interesse do legislador.” Ascensão, J.O. (2008), 13.

<sup>256</sup> Neste sentido, Elkin-Koren e Salzberger: “*While a passionate poet is likely to write her poems even if she lacks financial incentives, the book and music publishing industry would undersupply Works. Without these industries, the passionate creators would fail to disseminate their artifacts to the public. The publishing industry sells copies of the work to create its revenue stream, and copyright law is designed to protect the business model*”. – Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 60.

<sup>257</sup> Ascensão, J.O. (2008), 11.

<sup>258</sup> José de Oliveira Ascensão dirá que “frequentemente, o autor, quanto mais criador, menos capaz é de prosseguir economicamente os seus interesses”. – Ascensão, J.O. (2008), 16.

<sup>259</sup> “É de registrar que mesmo as mais «canônicas» defesas da propriedade intelectual (como requisito crucial para que haja justiça e eficiência na produção de criações intelectuais) não escondem que o instituto tem sido subvertido em direcção ao favorecimento de intermediários oligopolistas, e em detrimento dos verdadeiros criadores, que neste mercado acabam por ser vitimizados pela sua atomicidade (salvo os mais notáveis e insubstituíveis, que são capazes de gerar substanciais rendas a seu próprio favor independentemente dos regimes jurídicos prevaescentes); e não hesitam em criticar os extremos de uma protecção da propriedade intelectual que fosse



indústria do *copyright* – é causa inclusive de subversão dos valores iniciais da doutrina autoral. A vastidão da tutela destinada ao autor aguçara a cobiça<sup>260</sup> do mercado e as leis protegeriam “afinal interesses empresariais, que só casualmente coincidem com os do criador intelectual”<sup>261</sup>.

São válidas e verdadeiras as críticas. Não obstante, ainda que seja evidente o sequestro que fez da legislação autoral para proveito próprio, não se nega o importante papel que a indústria cultural desempenhou na massificação e alcance de obras autorais ao seu «público consumidor»<sup>262</sup>, bem como não se ignora que, tanto quanto a produção autoral primária, esta atividade demanda alguma medida de proteção.

Ainda que não possamos aprofundar nesta questão, não podemos deixar de apontar nossa opinião, entretanto, de que a atual indústria do *copyright* massificada gera quase exclusivamente um estilo padrão de obra, que há muito vem devendo em termos de heterogeneidade e, até mesmo, verdadeiro valor artístico.

Como seguem a lógica estritamente comercial, as obras disseminadas por esse modelo são planificadas pelos filtros de mercado como outra qualquer, e tanto quanto para um vendedor de frutas, o «empreendedor autoral» buscará sempre obter o máximo retorno do investimento feito, com o menor dos riscos.

Assim, não é difícil perceber que os editores e demais personagens da indústria *copyright* se debruçam, cada vez mais e com mais vigor, somente sobre aqueles poucos e limitados bens identificados como sucesso perante o público consumidor, e que o alcancem em maior amplitude possível, colaborando com uma produção consistente em um grau ótimo de pobreza informacional<sup>263</sup>, que direciona o mercado para a constituição de alguns poucos «fenômenos *superstars*»<sup>264</sup>, em homogênea «*winner-takes-all economy*»<sup>265</sup>.

---

radicalmente exclusiva, isto é, que tornasse inacessíveis as criações, em detrimento do interesse público no acesso livre a essas criações, dentro das balizas do «*fair use*» – Araújo, F. (2005), 408.

<sup>260</sup> Ascensão, J.O. (2008), 16.

<sup>261</sup> Ascensão, J.O. (2008), 17.

<sup>262</sup> Sem editoras, por exemplo, livros teriam sido por muito tempo artigos de luxo e propriedade de pouquíssimas e abastadas famílias, ou estariam circunscritos apenas a grandes bibliotecas.

<sup>263</sup> Barbosa, D.B (2013), 25.

<sup>264</sup> Para mais detalhes, cfr. Sherwin, R. (1981).

<sup>265</sup> Para maior aprofundamento, cfr. Frank, R.H. & P.J. Cook (1996).

### 3.1.3. Digitalização e Novos Meios de Comunicação

Se os primeiros meios mecânicos de feitura de cópias deram ímpeto à formação da atual indústria *copyright* e, ao mesmo tempo, iniciaram as complicações da livre reproduzibilidade que determina a necessidade de sua própria proteção, a digitalização e a internet definiram em absoluto a característica pública dos bens autorais<sup>266</sup>, e elevaram a tendência para a «boleia» de seus produtos a patamares de incalculável magnitude, em detrimento especialmente do modelo de negócios padrão estabelecido.

De início, ocupemo-nos do processo de digitalização, que, arrisca-se dizer, “vai provavelmente significar para a História do Homem e da Cultura o mesmo que significou em seu tempo a invenção da impressão por Gutemberg”<sup>267</sup>, e que trouxe ao universo autoral todos os aspectos da «destruição criativa»<sup>268</sup> ou «concorrência schumpeteriana»<sup>269</sup>, tipicamente interligada com inovações.

Formato digital é aquele processável por computador, caracterizado pela informação armazenada na forma de zeros e uns organizados binariamente<sup>270</sup>. Do

---

<sup>266</sup> A esse teor, Towse, Handke e Stepan: “Excludability depends upon the availability and costs of means of exclusion and digitalisation has increased the public goods aspect of copyright works because once works have been released digitally on the internet, they are non-excludable. Thus commodities like music files and software on the Internet, in the absence of effective technological means of exclusion, are public goods.” Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 5.

<sup>267</sup> Macedo, M. & M. Rocha (1996), 80.

<sup>268</sup> Conceito brilhantemente desenhado em 1942 por Joseph Schumpeter em obra “Capitalismo, Socialismo e Democracia”. O autor identifica que as constantes inovações empresariais culminam na completa destruição de antigos modelos de negócio, favorecendo o surgimento de outros, mais modernos. Em sua análise, esse fator seria essencial ao capitalismo, e a especial razão de sua superioridade em termos de dinamismo inovador frente a outros modelos. Para aprofundamento, cfr. Schumpeter, J.A. (1950).

<sup>269</sup> Sobre esse desdobramento conceitual são importantes as lições de Fernando Araújo, em leitura das ideias do próprio Schumpeter, Hanusch, Nelson e Winter: “Todos os concorrentes, cientes da inelutabilidade do desaparecimento dos lucros extraordinários, tentarão destruir os equilíbrios do mercado criando, fora deles, factores de competitividade que lhes garantam uma vantagem duradoura, propondo algo de tão inovador que os concorrentes tenham dificuldade em competir em termos igualitários ou nivelados, e por isso demorem a colocar-se no mesmo plano, demorem a atingir a posição a partir da qual poderão voltar a contestar os lucros resultantes da inovação – dando ao inovador tempo para fugir do novo equilíbrio com mais uma inovação, e assim sucessivamente, num processo de «destruição criativa» que já mencionamos várias vezes como «concorrência schumpeteriana», por referência ao economista Joseph Schumpeter, que a caracterizou e a deu como a chave para o ímpar dinamismo inovador do sistema capitalista, lembrando que nos mercados, mesmo nos mais atomísticos e ferozmente concorrenciais, o que conta mais é a competição pelo novo produto, pela nova tecnologia, e não a vitória pírrica numa «guerra de preços».” – *cit. in* Araújo, F. (2005), 405.

<sup>270</sup> Akester, P. (2004), 204.

mesmo modo “em forma digital, uma obra é geralmente gravada (fixada) como uma sequência de dígitos binários (zeros e uns) utilizando meios especiais de codificação”<sup>271</sup>.

Assim, imagens, sons, textos (sobrepastos ou não), antes de concretamente existirem em algum tipo de formatação analógica<sup>272</sup>, são hoje analisados em sequência de dígitos, sendo somente um computador capaz de decifrar e reagrupar essa informação código-objeto<sup>273</sup>.

Isto redimensiona o alcance e estado dos bens imateriais autorais, que passam a ter uma verdadeira raiz plástica<sup>274</sup>. O processo de digitalização altera consideravelmente, assim, a própria natureza destes bens, e principalmente o impacto dos exclusivos que lhe são inerentes<sup>275</sup>.

A primeira importante característica da digitalização, para efeitos autorais, é que ela diminui, ou até mesmo anula a diferença entre o «produto cultural» original e sua cópia, tornado praticamente indistinguíveis uma realidade da outra<sup>276</sup>.

Se antes havia sensível perda de qualidade na realização de cópias pelos «freeriders», como, por exemplo, de CDs para fitas cassete, – que poderiam ser o sustentáculo principal da aquisição de cópias legítimas –, com as constantes inovações tecnológicas de digitalização isso não mais ocorre. A cópia digital, seja ela ilegalmente realizada ou não, pode hoje ser considerada um substituto perfeito do original<sup>277</sup>. Esse é o marco dos novos desafios que o já complexo mercado de bens autorais tem que enfrentar.

E há muito mais. Uma vez digitalizados, esses bens que já guardavam incômodas características de bem público, contam ainda maior facilidade de reprodução, perfeito uso não rival, cada vez mais baixos custos de transmissão e

<sup>271</sup> Pereira, A.D. (2001), 398.

<sup>272</sup> Ainda que o que se veja, ouça, leia e etc. não seja e nem haveria de ser a combinação técnica de números, mas sim uma externalização de obra, sensorialmente apreendida como nos antigos moldes analógicos.

<sup>273</sup> Pereira, A.D. (2001), 398.

<sup>274</sup> Pereira, A.D. (2001), 404.

<sup>275</sup> Ideias de Dreier, cit. in Macedo, M & M. Rocha (1996), 79.

<sup>276</sup> A esse respeito: “Com a introdução dos meios digitais, não apenas se multiplicaram as possibilidades de reprodução das obras protegidas (livros, filmes músicas, imagens, fotografias) que passou a ser possível sem qualquer limitação a partir do momento em que estes são digitalizados, como também aumentou consideravelmente a qualidade das cópias produzidas, que se tornam indistinguíveis dos respectivos originais.” Leitão, L.M.T.M. (2011), 327.

<sup>277</sup> A esse teor: “*The loss of quality due to copying, that had featured in the earlier literature on the economics of copying, was considerable reduced and hence a copy, illegitimate or not, became a close substitute for the original.*” – Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 9.

armazenagem, indefinição geográfica ou espacial, alta comunicabilidade e permeabilidade com outras obras, bem como incrível facilidade e capacidade de busca<sup>278</sup>.

O incrível fenômeno da digitalização, no entanto, não traduziu a revolução como um todo. Para que a perenidade da prática de reprodução, autorizada ou não, se tornasse a marca corrente do consumo de informações no mundo globalizado atual, fez-se necessária uma via de escoamento dessas obras autorais agora digitalizadas. E aí “surge o papel decisivo das *autoestradas da informação*”<sup>279</sup>.

Essas autoestradas, identificadas com a figura da internet, permitem a comunicação imediata da realidade digitalizada. Aquilo que antes necessitava de suporte físico, e conseqüentemente de transporte físico, já não mais assim opera. Uma biblioteca, videoteca, ou até mesmo todas as canções já gravadas do mundo, podem ser concentradas, catalogadas e reduzidas a um pequeno agrupamento informático binário, perfeitamente indistinguível de seus originais, e ser partilhada ao redor do mundo, sem rivalidade, a um clique de computador. E tudo isso a baixíssimos custos, cada vez mais tendentes à zero.

O universo digital e a internet, elementos primários da Sociedade da Informação<sup>280 281</sup>, criaram assim um novo âmbito de geração, fruição e uso de bens autorais, que tornam cada vez mais complicada a distinção dos usos lícitos dos ilícitos, bem como a coação (ao menos através de custos que não sejam proibitivos ou práticas que não sejam intrusivas) de usos ilegais de obras artísticas, científicas e literárias. É o ciberespaço, termo que descreve o contexto social, cultural e psicológico que é formado e excede à própria figura meramente técnica da digitalização e internet<sup>282</sup>.

É nesse contexto que têm início a onda da «pirataria» nos moldes modernos, que ameaça principalmente a indústria *copyright* e seu modelo de negócio atrelado à

<sup>278</sup> The Allen Consulting Group (2003), 119-120.

<sup>279</sup> Utilizaremos a expressão pela falta de outra, mas sem esquecer a crítica tecida por José de Oliveira Ascensão: “Infelizmente, é típica deste domínio a utilização de expressões gongóricas, anfibiológicas e imagísticas. «Auto-Estradas da Informação» é apenas uma imagem a mais.” – Ascensão, J.O. (2001), 84.

<sup>280</sup> Expressão atribuída originariamente ao então presidente da Comissão Europeia, Jacques Delors, por ocasião do Conselho Europeu de Copenhague em 1993. Cfr. Marques, G. & L. Martins (2006) 43.

<sup>281</sup> Entendida como grande «*slogan*», que não traduz um conceito técnico, sendo antes, nesse quesito, de maior precisão falar-se em «sociedade da comunicação». Cfr. Ascensão, J.O. (2001), 87.

<sup>282</sup> Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 13.

comercialização de cópias. O Direito de Autor passa por uma crise<sup>283</sup>, e é sistematicamente colocado em cheque.

#### 3.1.4. A «Pirataria»

Chama-se de «pirataria» – termo não muito ameno, mas que vingou uso corrente – a prática de desrespeitar os direitos autorais legalmente garantidos sobre a reprodução de um exemplar de obra artística, científica ou literária.

Não há aqui qualquer correlação com outras possibilidades de infrações autorais, como aquelas relativas ao campo moral do autor, o plágio, a criação de obra derivada sem a devida licença, ou até mesmo questões mais atuais, como a *hiperligação*<sup>284</sup> de conteúdo em páginas de internet, que possuem outras conotações legais e econômicas.

A «pirataria», *strictu sensu*, significa mesmo o ato de obter cópias de trabalhos artísticos, científicos e literários, sem oferecer a devida contraprestação, ou, evitando eufemismos, sem pagar por elas.

E, como já dissemos, o ato de obter cópias está intimamente ligado com as tecnologias que permitem a realização e circulação dessas cópias, de modo que “a evolução da sociedade da informação implicou um grande incremento da possibilidade de lesão dos direitos de autor”<sup>285</sup>. A cada novo processo técnico de obtenção, circulação e fruição de bens autorais, transforma-se também o próprio conceito e ideia de «pirataria».

A primeira forma de «pirataria», em que já seja possível empregar este termo, pode ser atribuída à invenção da fotocopadora – as famosas máquinas Xerox. Com esse desenvolvimento tecnológico, mais do que de repente, estava ao alcance de qualquer interessado fazer cópias de livros, jornais e revistas que eventualmente pudesse ter acesso, pagando apenas pelo ato de copiar, o que logicamente não incluía remuneração, tampouco seguia ao criador ou editor autoral.

---

<sup>283</sup> Leitão, L.M.T.M. (2011), 328.

<sup>284</sup> Para mais detalhes, cfr. Akster, P. (200), 137-140.

<sup>285</sup> Leitão, L.M.T.M. (2011), 327.

Com o advento do videocassete, na década de 1970, e a possibilidade dos telespectadores realizarem a gravação tanto de programas da televisão, como, com um segundo gravador, de fita cassete para fita cassete, a «pirataria» fez nova ameaça de profusão e impactos sociais. Posteriormente, ainda acompanhando o desenvolvimento tecnológico, e as alterações daí decorrentes, o fantasma da «pirataria» migrou para as obras musicais e gravadores de áudio cassete.

Tudo isso se deu, entretanto, ainda dentro do pouco impactante universo analógico, onde a realização de cópias não representava um substituto perfeito da cópia original legítima, e a capacidade de reprodutibilidade e transmissão estava vinculada à tradicional lógica de mercados concretos e tangíveis, com todos os seus custos inerentes, necessitados de serem organizados entorno de empresas hierarquizadas, que muitas vezes tolheram, por si só, a eventual proliferação incontrolável desta prática.

Quando os custos não eram proibitivos, e os objetos concretos como «CDs» e «DVDs» ganhavam às praças das cidades, o uso da repressão criminal era o subsidiário fator apto a inibir a ilícita prática e defender os direitos dos produtores.

Ainda que a indústria do *copyright* já àquela época tenha se levantado com vigor contra os potenciais impactos que esse tipo de pirataria poderia gerar em suas receitas, fato é que parecem ter “gritado lobo”<sup>286</sup> desnecessariamente por demasiadas e repetidas vezes<sup>287</sup>.

Como melhor demonstraremos a seguir, inexistem dados seguros que apontem para uma direção inequívoca de danos<sup>288</sup> frente à ocorrência da «pirataria», bem como não se pode desconsiderar que há casos, como o das fotocópias, em que o autor copiado pode melhorar sua posição justamente diante do fato de ser copiado, e, com o devido sistema de discriminação de preços, auferir

---

<sup>286</sup> Liebowitz, S.J. (2003), 14-15.

<sup>287</sup> Como ilustração, veja-se a pessimista declaração de Alan Greenspan, quando ainda sequer havia ocupado o cargo de *chairman* do *Federal Reserve*, em 1983, referindo-se aos hoje sabidamente inofensivos gravadores de fitas áudio cassete: “*For Economic incentives to work appropriately, property rights must protect the rights of capital assets... At present... severe economic damage [is being done] to the property rights of owners of copyrights in sound recordings and musical composition... under present and emerging conditions, the industry simply has no out... Unless something meaningful is done to respond to the... problem, the industry itself is at risk.*” Cit. in Liebowitz, S.J. (2003), 1.

<sup>288</sup> “*Economists have been good at theorising about these issues but much weaker at bringing data to bear on them*” – Liebowitz, S. (2003), 21.

receitas muito superiormente ao que teria em ambiente em que absolutamente isso não acontecesse.

Quanto aos videocassetes, a questão foi levada à justiça americana, no famoso e paradigmático “*The ‘Betamax’ Case (Universal Studios Inc. x Sony Corporation of America)*” para ser decidido que a prática de cópia com esses instrumentos pouco provavelmente interferia na captura de incentivos por parte dos detentores do *copyright*<sup>289</sup> e deveria permanecer permitido.

No decorrer dos anos, ao menos na realidade analógica, pouco, ou quase nada de todo o alarde da indústria *copyright* se concretizou, demonstrando como os impactos da «pirataria» eram pouco compreendidos ou superestimados<sup>290</sup> na época.

A realidade digital e dos novos meios de comunicação, no entanto, parecem finalmente ter mudado essa perspectiva. O surgimento do programa de troca de ficheiros *online* conhecido como *Napster*<sup>291</sup> (antecedente histórico da subsequente proliferação dos sistemas «*peer-to-peer*»), transformaram cada computador residencial com acesso à internet em um grande celeiro de compressão e distribuição de ficheiros de modo ilícito, em especial obras musicais.

Ter “gritado lobo” inocuamente, ainda que tenha diluído o poder das queixas, não invalidou a possibilidade de finalmente a indústria *copyright* ter pela primeira vez diante de si a chance real de lesão e desconstrução dos seus tradicionais pilares<sup>292</sup>.

Diante do advento da internet e sistemas «*peer-to-peer*», diferentemente do havido para a realidade analógica, é improvável que a indústria *copyright* consiga continuar capturando incentivos através de seus modelos de negócio padrões, eis que as pessoas que realizam as cópias, nesses casos, aparentam ser as mesmas que se esperava comprassem os originais<sup>293</sup>.

Tudo tem sido feito para obstar a continuidade desse processo, especialmente através da tentativa de desmantelamento das formas centralizadas

---

<sup>289</sup> Liebowitz, S.J. (2003), 16.

<sup>290</sup> Nesse sentido: “*Inexpensive copying technologies, which have been with us for at least 40 years, do not as yet appear to have caused great damage for copyright owners.*” – Liebowitz, S.J. (2003), 21.

<sup>291</sup> “*Napster designed and operated a system that facilitated the transmission and exchange of music files among its users. This peer-to-peer (P2P) system allowed the sharing of computer resources and services by direct exchange between the computers connected to it. This architecture distributes information in a decentralized way, and allows direct exchange of content among members of online communities without any central management and control.*” – Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 103.

<sup>292</sup> Liebowitz, S.J. (2003), 16.

<sup>293</sup> Liebowitz, S.J. (2003), 17.

de difusão dos ficheiros, e penalização dos programas que permitem a prática de violações, quando se denota ser sua primordial função a troca ilícita de obras autorais, que faz com que alguém lucre de modo colateral. Além, no entanto, de eventualmente favorecer os meios descentralizados de distribuição de ficheiros, e o cada vez mais consolidado modelo «*peer-to-peer*», tudo tem sido feito em vão<sup>294</sup>.

Certo da potencialidade de lesão, ao menos aos modelos atuais de negócios da indústria *copyright*, quais são, no entanto, os reais impactos econômicos que a «pirataria» reverte ao universo digital e interconectado do atual cenário mundial? Em qual medida o *copyright* estará ainda a defender o surgimento sustentável de criações, ou a meramente proteger uma forma anacrônica de produção e distribuição de produtos culturais? Seriam as inovações tecnológicas, canalizadoras da «pirataria», realmente maléficas ou capazes de fomentar ainda maior produção autoral e até mesmo mais benefícios aos seus criadores? Passaremos, na sequência, a essa análise.

### 3.2. Efeitos Econômicos da «Pirataria»

#### 3.2.1. No Mercado de Originais

O primeiro e intuitivo impacto da «pirataria» dirá sempre com os anteriormente debatidos casos de efeito «boleia», geradores de prejuízos aos autores (e principalmente à indústria cultural) que empenharam investimentos na criação e edição da criação, até o ponto em que a manutenção destas atividades não mais se mostre interessante (e que traria à tona, no longo prazo, o drama da subprodução).

De acordo com o modelo desenvolvido por Novos e Waldman<sup>295</sup> – e que leva em consideração especialmente o mercado de obras musicais –, porque os consumidores de bens autorais não fazem qualquer distinção entre cópias legítimas ou ilegítimas (especialmente verdadeiro no atual universo digital), a «pirataria»

---

<sup>294</sup> Araújo, F. (2005), 408.

<sup>295</sup> Cfr. Novos, I.E & M. Waldman (1984), 236-46.



reverteria danos prementes à indústria cultural, em termos de crescentes e cada vez mais expressivos prejuízos financeiros.

Johnson<sup>296</sup>, assim como Novos e Waldman, conclui que a «pirataria» afeta os interesses dos detentores de direitos autorais, sob a perspectiva da substancial diferença havida entre o preço da cópia caseira e do exemplar original vendido no mercado.

Com a disseminação da «pirataria» digital através dos meios «*peer-to-peer*», a preocupação acima ganhou contornos ainda mais graves, inclusive com constatações de que, em mercados sólidos de *copyright*, como Alemanha e Estados Unidos, desde 1999 o crescimento da troca de ficheiros entre usuários coincide com a redução na venda de cópias físicas originais<sup>297</sup>.

Há ainda estudos que sustentam que, no mesmo ano de 1999, a indústria da música e *software* teria deixado de ganhar 16 bilhões de dólares em face da «pirataria»<sup>298</sup>.

Stan Liebowitz afirma que a troca de ficheiros fez não apenas reduzir drasticamente as vendas de discos, mas obstar o que teria sido um período de robusto crescimento do setor<sup>299</sup>. Zentner, por sua vez, defende que os gêneros que mais sofrem *downloads* ilícitos apresentaram quedas nas vendas tradicionais<sup>300</sup>.

Não obstante os posicionamentos acima, a grande parte de estudos empíricos relacionando «pirataria» com a diminuição do consumo legítimo de obras autorais (em especial musicais) não se sente autorizada a afirmações tão contundentes.

O principal problema estaria na dificuldade de se utilizar dados com verdadeira validade científica, ao passo em que os levantamentos que se dispõe não levariam em consideração elementos como distinções geográficas, distorções geradas por eventual cooptação dos pesquisadores, resistência do público em revelar a possibilidade de ter incorrido em práticas ilícitas, bem como a própria impossibilidade de se fazer generalizações entre bens tão distintos como músicas, obras cinematográficas, livros, jornais e etc., como são costumeiramente realizados.

---

<sup>296</sup> Cfr. Johnson, W.R. (1985).

<sup>297</sup> Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 11.

<sup>298</sup> Cfr. Hui, K. & I.P.L. Png (2002).

<sup>299</sup> Cfr. Liebowitz, S.J. (2008).

<sup>300</sup> Zentner, cit. in Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 12.

Em outros casos, as bases de pesquisa encontram-se exclusivamente atreladas a modelos de negócios anacrônicos, em que os danos e prejuízos nada mais podem significar do que um economicamente saudável exercício da já mencionada «destruição criativa» ou «concorrência schumpeteriana».

Na perspectiva de Ruth Towse, Christian Handke e Paul Stepan, a maioria dos estudos sugerem um meio termo, em que troca de ficheiros é responsável por certa redução na demanda, mas não explicaria a queda nas vendas por completo. Quais seriam os fatores que realmente estariam causando a queda expressiva de vendas no modelo de negócio padrão não estaria ainda bem entendido e comprovado<sup>301</sup>.

Em realidade, a literatura econômica de que dispomos não é capaz de determinar com razoável segurança se os danos advindos da «pirataria», nos moldes modernos, são ou não, real e empiricamente demonstráveis, em muita medida justificando-se apenas de modo teórico. Ainda, não são permissivos a concluir se uma implacável perseguição à «pirataria» realmente tem o condão de reverter maior criação e circulação de bens, ou apenas serviria a defender um modelo específico de negócios que funcionou bem até então, mas não mais se coadunaria com a realidade do ciberespaço.

### 3.2.2. Apropriação Indireta

A visão de que cópias ilícitas ferem automática e diretamente os detentores de direitos autorais, pondo em sério risco o mercado de bens culturais, só foi inicialmente confrontada em estudo realizado por Stan Liebowitz em 1981, sob encomenda do governo canadense, intitulado “*The Impact of Reprography on the Copyright Systems*”<sup>302</sup>.

O estudo partia do princípio que os consumidores valorizavam a habilidade de se poder fazer cópias, e apontava duas possíveis soluções para o caso das sistemáticas reproduções irregulares.

---

<sup>301</sup> Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 13.

<sup>302</sup> Liebowitz, S.J. (2003), 4.

Se o volume de cópias for algo uniforme, bastaria ao produtor elevar o preço dos originais na exata medida da feitura destas cópias. De outro lado, se o volume de cópias for variável, competiria ao produtor cobrar mais dos adquirentes do produto original que tencionassem fazer mais cópias.

Dessas intuições, Stan Liebowitz cunhou, em novo estudo datado de 1985, “*Copying and Indirect Appropriability: Photocopying of Journals*” a ideia da apropriação indireta de incentivos, em que o custo das cópias poderia ser repassado ao adquirente do produto original, através da discriminação de preço para diferentes tipos de utilizações.

Assim, poderia o detentor de direitos autorais recuperar tanto mais incentivos, quanto fosse a pretensão do adquirente do bem original em realizar cópias, em razões inclusive superiormente ao cenário de sua proibição.

A citada prática de discriminação de preços teria ainda a vantagem de reduzir o «*deadweight loss*» criado pelos mecanismos de *copyright*. Ao invés de vender o bem em preço estanque, verdadeira barreira ao ingresso de inúmeros indivíduos que estariam dispostos a pagar, – apenas não o inelástico preço exigido – recolhe-se a contraprestação na justa medida que cada um lhe atribui valor: Faixas distintas de preços serão cobradas, a diferentes grupos de interessados, em diferentes tipos de acesso, na medida de seu interesse.

Assim, ao indivíduo que pretenda apenas usufruir do bem de modo caseiro e não comercial não será cobrado o mesmo valor daquele que tencione incluí-lo em empreendimento comercial, disponibiliza-lo em biblioteca de uma Universidade, ou utilizá-lo na construção de outra obra derivada, por exemplo.

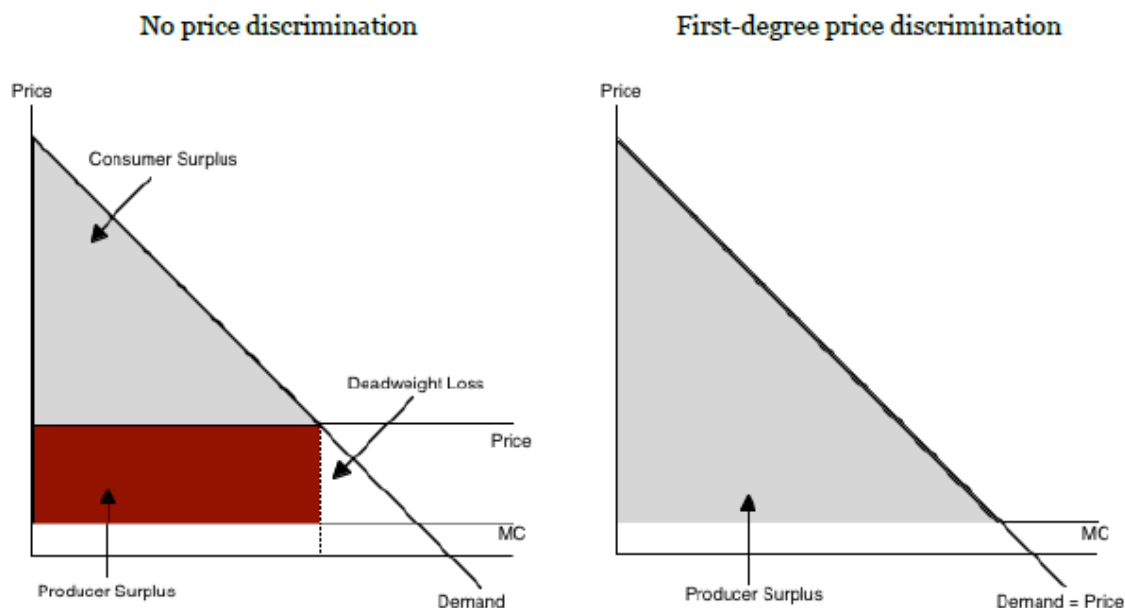
A referida discriminação de preços ocorre em três esferas, comumente tidas pelos economistas como Discriminação de Preços de Primeiro<sup>303</sup>, Segundo<sup>304</sup> e Terceiro Grau<sup>305</sup>.

Os gráficos<sup>306</sup> abaixo dão conta de demonstrar os efeitos «*deadweight loss*» em sistema tanto de precificação fixa de bens intelectuais, como de discriminação de preços de primeiro grau.

<sup>303</sup> O produtor vende para diferentes pessoas, a diferentes preços, baseado na capacidade com que cada um atribui valor ao bem.

<sup>304</sup> O produtor vende o bem com diferenciação de preço baseada em critérios, como volume/ou frequência de aquisição, mas o preço será sempre o mesmo para todas as pessoas que estiverem em mesmas condições.

<sup>305</sup> Os bens são vendidos a preços diferentes, para grupos com características especiais. Têm-se como típico exemplo o desconto para estudantes e idosos nos ingressos em eventos culturais.



É fácil perceber que, em um sistema de precificação variável, com a captura de incentivos sendo feita na exata medida em que cada indivíduo atribui-lhe valor, de um lado tem-se o máximo de arrecadação, ao mesmo tempo em que o custo social foi reduzido ao mínimo possível, sendo teoricamente possível ao próprio mercado, em retomada da eficiência, extinguir ou ao menos minimizar o pernicioso efeito «deadweight loss».

Ainda que o próprio Liebowitz reconheça a limitação da aplicabilidade das vantagens da apropriação indireta, bem como tratar-se provavelmente de exceção à regra, o estudo abriu vias para identificar e desvendar que nem sempre os produtores estarão em situação pior do que se deixasse absolutamente de serem feitas cópias de seus produtos.

Varian<sup>307</sup>, por exemplo, vê na possibilidade de se realizar cópias e até mesmo partilhar essas cópias, potencial para a criação de novos segmentos de consumo, até então inexistentes, que poderão vir a tornarem-se consumidores diretos destes bens, para além dos já existentes<sup>308</sup>.

<sup>306</sup> *The Allen Consulting Group (2003)*, 62.

<sup>307</sup> Cit. in, Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 10.

<sup>308</sup> Varian usa, como exemplo para esse caso, as bibliotecas do século XVIII, que passaram a demandar livros que antes só podiam pertencer a poucas pessoas, muito ricas. Cit. in Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 10

### 3.2.3. Externalidades de Rede

Outro importante efeito da «pirataria», talvez até mais sensível que o primeiro, relaciona-se a ideia de externalidades de rede, ou «*network effects*», em que o valor de um produto aumenta, na medida em que aumenta a sua aceitação e uso pelos demais consumidores. Em outras palavras, a externalidade de rede faz com que o valor da unidade de um bem aumente a cada nova unidade vendida<sup>309</sup>.

O exemplo clássico de efeitos de rede é o do já anacrônico aparelho *fax*, que ganhava cada vez maior valor, à medida que era adotado por cada vez mais consumidores: Poucos aparelhos *fax* enviam e recebem poucos documentos de poucas pessoas. Muitos aparelhos *fax* enviam e recebem muitos documentos, de muitas pessoas, o que torna a aquisição deste instrumento de crescente interesse para novos consumidores.

Para o universo autoral, há toda uma gama de bens em que a lógica acima é perfeitamente aplicável. Seja autorizada ou não, é certo que cada nova cópia realizada de um bem protegido por direitos autorais poderá implicar em imediato aumento do seu valor, na medida em que seu alcance é ampliado perante o público.

Assim, mesmo nas situações em que se realizam cópias ou transferência ilícita de ficheiros – e em alguns casos especialmente por essas razões –, a adoção maciça por um determinado tipo de bem poderá, ou até mesmo deverá, significar maior inclinação para aquisições legítimas por outros usuários. É o que se convencionou chamar de benefícios da «*standarização*».

Não à toa os benefícios da geração de «*standards*» foram tão amplamente utilizados no mercado de *softwares*, especialmente pela sua protagonista mais importante, a *Microsoft*.

A empresa de Bill Gates parece ter identificado que quanto maior era a «pirataria» de seu produto em âmbito residencial<sup>310</sup>, maior e mais significativa era sua adoção comercial: Os empregados das empresas já estavam familiarizados com o produto, sendo contraproducente treinar as equipes para operarem novo e desconhecido programa. Como a fiscalização de regularidade autoral no meio

<sup>309</sup> Economides, N. (1995), 6.

<sup>310</sup> Ainda que esse tipo de prática, especialmente quando relacionada a criação de «*path dependencies*», tenha levado à empresa a implicações com a lei americana «antitruste». Cfr. Araújo, F. (2005), 403.

empresarial é muito mais passível de ser realizada do que a fiscalização caseira, os empresários não titubeavam em adquirir corretamente as licenças de uso necessárias, compensando os investimentos feitos pela *Microsoft* na geração do bem.

O mesmo ocorreu (e ainda ocorre) com os editores e processadores de texto. Na mesma medida em que são mais «pirateados», mais se tornam o modelo primário de intercâmbio de arquivos de texto entre os usuários<sup>311 312</sup>, a exemplo do que isto significou para o mencionado *fac-símile*, há algumas décadas atrás.

Em outros casos, a ampliação do alcance do bem através da «pirataria» reverte aumento nas vendas lícitas, simplesmente por representar maior presença no mercado, cabendo a analogia de que, se aumenta-se o tamanho da torta, mesmo um pedaço menor poderá significar uma parte que é maior em termos absolutos<sup>313</sup>.

Afirma-se ser esta a principal razão que leva, por exemplo, o escritor brasileiro *best-seller* Paulo Coelho, a não apenas propositalmente ignorar a «pirataria» de suas obras, como incentivá-la em declarações e dicas de onde encontrar os ficheiros ilegalmente reproduzidos.

Tudo isso é motivo para afirmar que as externalidades de rede significam hoje para os bens digitais e de informação o mesmo que as economias de escala significaram para a sociedade industrial de até então<sup>314</sup>.

Ressalva-se, entretanto, como faz o próprio Stan Liebowitz, que a perspectiva de retorno que o titular de direitos autorais obtém com externalidades de rede costuma ser exagerada e sobrevalorizada, ou ao menos que não se dá nas proporções alardeadas.

Em primeiro lugar porque tal regra de «*standardização*» e aumento de valor atrelado à adoção de produtos só seria viável em face de alguns poucos bens<sup>315</sup> de informação, não sendo funcional para a restante maioria dos produtos intelectuais.

Em segundo momento, porque a adoção do produto «pirateado» não teria o condão de impactar positivamente na intenção de compra dos usuários legítimos,

---

<sup>311</sup> Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 44.

<sup>312</sup> Ainda que isso possa conduzir a situações de ineficiência: Externalidades de rede, em alguns casos, podem tornar difícil a alteração de um *standard* inferior a outro superior. Cfr. Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 44.

<sup>313</sup> Liebowitz, S.J. (2003), 5-6.

<sup>314</sup> Neste sentido Christiane Schatzl, cit. in *The Allen Consulting Group*, (2003), 122.

<sup>315</sup> Liebowitz, S.J. (2003), 5.

sendo mais coerente imaginar que, em alguns casos, reverteriam inclusive impactos negativos<sup>316</sup> na intenção de compras desses usuários.

Para saber, enfim, se as externalidades de rede são realmente benéficas a determinado tipo de produto autoral, primeiro temos que descobrir se, em um cenário de maior proteção, os usuários «piratas» deixariam de proceder de modo irregular.

Na eventualidade de uma resposta positiva, os rigores de um *copyright* mais forte se mostraria medida eficiente, e reverteria muito mais incentivos diretos do que qualquer indireto benefício que efeitos de rede poderiam conferir.

No entanto, se for constatado que o enrijecimento do direito de autor apenas obsta que «piratas» travem contato com a obra, sem que se disponham a adquiri-la pela via legal, então estaríamos diante de medida absolutamente ineficiente. Nesse caso, utilizar-se das «*network effects*» em ambiente de alguma tolerância com a «pirataria» seria o economicamente mais adequado.

Como não dispomos de dados empíricos, não temos como formular uma resposta segura sobre o verdadeiro papel dos efeitos de rede no mercado de bens de direitos autorais. Não se pode, no entanto, ignorar os exemplos bem sucedidos onde sua aplicação na formação de «*standards*» e aumento da “superfície de contato” do bem culminam em mercados mais pujantes e com maiores capturas de incentivos pelos produtores.

#### 3.2.4. Superação da Assimetria Informativa

Sabe-se que, por incorrer no paradoxo destacado por Kenneth Arrow, já anteriormente referido, os potenciais consumidores de bens de informação ou intelectuais, nunca estarão aptos a ter absoluta certeza da qualidade do produto que estão adquirindo, até efetivamente os adquirir.

Trata-se, pois, de um mercado em condição de assimetria informativa, qualidade que pode significar falhas de mercado tanto ou até mesmo mais graves

---

<sup>316</sup> Liebowitz, S.J. (2003), 5.

que aquelas relacionadas a bens públicos ou geradores de externalidades, clamando igual intervenção estatal.

Lisa Takeyama viu justamente na tolerância a certos níveis de «pirataria», uma possível solução para este grave problema, de forma natural e autônoma<sup>317</sup>.

Partindo de determinados pressupostos, como o desconhecimento da qualidade do produto pelos consumidores, que o consumo de cópias pode revelar essa qualidade, e que a cópia não é um substituto perfeito do original, Takeyama considerou o ato de se fazer cópias sem autorização um possível teste do produto por interessados, que após travar este primeiro contato e convencer-se de sua qualidade, teriam a prerrogativa de adquirir a versão original.

Se por um lado pode parecer utópico imaginar que um usuário inicialmente «freerider» vá legitimar sua posição na sequência<sup>318</sup>, sabe-se haver situações, mesmo na sociedade da informação, em que somente o produto original conferirá benefícios exclusivos ao seu adquirente, como uma camiseta autografada junto ao álbum de uma banda, ou uma assessoria técnica especializada para a implementação empresarial de determinado tipo de *software*, e que justifiquem a aquisição do produto oficial.

Esta espécie de «*test-drive autoral*» pode, por fim, conduzir a um efeito social ainda mais benéfico, o de vencer o «*adverse selection problem*»<sup>319</sup>, intimamente ligado ao mercado de informações.

Diante da infinidade de produtos autorais em violenta competição<sup>320</sup>, os quais se desconhecem as reais qualidades, a ampla capacidade de realização de cópias, ainda que ilícitas, reverteriam benefícios ao produtor e produtos que ostentam melhores capacidades, técnicas, artísticas e científicas.

Ainda, não somente favorece os merecedores, destacando-os da generalidade, como também têm a especial capacidade de ceifar os produtos de má qualidade do mercado, que são testados e posteriormente não adotados, seja pela via lícita, ou até mesmo ilícita.

---

<sup>317</sup> Para maior profundidade, cfr. Takeyama, L.N. (2003).

<sup>318</sup> Corroborar o fato das atuais cópias digitais, inclusive ilícitas, nada deverem em termos de qualidade às realizadas e fixadas em mídias convencionais.

<sup>319</sup> Situação em que vendedores dispõem de informações sobre o produto que não são estendidas aos compradores (ou vice-versa), dificultando a tomada de decisões eficientes.

<sup>320</sup> Veja-se, por exemplo, a magnitude de oferta de títulos autorais em sites como *Amazon*, e *Apple Store*.



Vale dizer, a «pirataria» têm o poder de equilibrar as assimetrias informativas de um mercado de bens intelectuais, auxiliando-o em termos de eficiência, pois sem a possibilidade de se fazer cópias, produtos intelectuais de alta qualidade poderiam ficar de fora do mercado, subjugados por produtos de pior qualidade, eleitos apenas pela dificuldade de escolha. A pirataria pode, neste sentido, representar a diminuição da produção de bens autorais de baixa qualidade<sup>321</sup>.

Esta prática já foi inclusive internalizada pelas indústrias de informação ou artistas autopublicados, que fornecem modelos testes de seus produtos com a mesma finalidade prática. A tolerância à «pirataria», porém, consegue ter resultados ainda mais eficientes. Além de fomentar o equilíbrio informativo, poupa gastos ao produtor em termos de estratégias de precificação, marketing e fornecimento de «*trials*», sendo uma constante caótica que permeia sem governo toda a cadeia de consumo.

### 3.3. Aspectos Econômicos Atuais da «Pirataria»

#### 3.3.1. Ciberespaço e Quebra do Paradigma de Incentivos

Vimos que, pela ótica da teoria econômica neoclássica, bens autorais não serão produzidos em razões socialmente ótimas se os produtores não conseguirem capturar incentivos suficientes à sua provisão, na razão de reversão da tendência de boleia dos consumidores destes bens com características de bens públicos e geradores de externalidades positivas.

Ainda pela ótica da teoria econômica neoclássica, tais incentivos são de natureza especialmente monetária, de modo que possa o produtor (primário ou editor e produtor da indústria *copyright*), em desapaixonada análise de custos e benefícios, ou de utilidade ponderada<sup>322</sup>, perseguir lucros que justifiquem a dedicação àquela atividade, em patamares ao menos superiores aos custos de oportunidade de se fazer outra coisa.

---

<sup>321</sup> Takeyama, L.N. (2003), 57.

<sup>322</sup> Araújo, F. (2005), 41.

Essa racionalidade individualista e preocupada apenas com o interesse próprio, que na já mencionada visão de Adam Smith acabará por gerar benefícios sociais superiormente àquele cenário em que cada indivíduo se propusesse a preocupar-se com o todo, é soberana nas ciências econômicas e Análise Econômica do Direito.

Contemporaneamente, porém, a ciência econômica e a Análise Econômica do Direito vêm deparando-se com um novo tipo de paradigma, sensivelmente antagônico aos moldes tradicionais, conhecido por paradigma da racionalidade não individualista<sup>323</sup>.

São casos que, antes de demandar apropriação e captura monetária como incentivo, parecem alimentar-se de atributos não expressos em moeda ou patrimônio, ao menos não de modo direto, e que ganham a feição de verdadeiros remédios conciliatórios entre os interesses naturalmente conflitantes de produtor de bem com característica de bem público e o consumidor «*freerider*».

O radical novo paradigma sugere que determinados agentes criadores, em certas situações de criação, não mais necessariamente se verão desestimulados pela liberação gratuita de suas obras, ou pela prática da «pirataria» a que suas criações estarão invariavelmente sujeitas. Antes pelo contrário, veem na mais ampla e irrestrita circulação do bem um incentivo ainda maior para produzi-lo.

O celeiro e cenário que permitiu essa radical mudança está intimamente ligado com a figura e consolidação do ciberespaço, que revolucionou a forma com que se produz, distribui e consome informação. Isso passou a desafiar as fundamentais premissas que temos tanto de compensação justa, como de «pirataria» e padrões de incentivo<sup>324</sup>.

Situações como a dos «*property-preempting investments*», em que os produtores, visando bloquear a ulterior apropriação da criação por outros sujeitos, jogam por antecipação<sup>325</sup> e a disponibilizam gratuitamente da forma mais amplificada possível, ganham cada vez mais espaço<sup>326</sup>.

---

<sup>323</sup> Freire, P.V. (2006), 584.

<sup>324</sup> Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 60.

<sup>325</sup> Araújo, F. (2008), 216.

<sup>326</sup> Ensina Fernando Araújo: “Os «*property-preempting investments*» são, portanto, um objectivo estratégico privado que involuntariamente contribui para o interesse colectivo – e especificamente para a prevenção de «Anti-Baldios» na informação.” – Araújo, F. (2008), 217.

Nesse sentido, vemos o surgimento de fenômenos como o «*open source software*»<sup>327</sup>, os «*open access*»<sup>328</sup>, as «*creative commons*»<sup>329</sup>, entre outras iniciativas impossíveis de se identificar e discorre com a devida atenção, em estudo que não se dedique exclusivamente ao tema.

Comum a todas, no entanto, é o aspecto de *produção partilhada*, que gera eficiência ao diminuir custos na criação de informação, custos de transação desta informação, bem como boa capacidade de direcionar o capital humano às suas melhores habilidades<sup>330</sup>.

A criação de informação partilhada, nestes moldes, rompe com o tradicional e eficiente método de organização hierarquizada<sup>331</sup> em “empresas da informação” ou “indústria do *copyright*” e até mesmo com a paradigmática figura do homem solitário das ciências, artes e letras, para ceder espaço a formas de criação mais fluidas, multilaterais e desconexas de um poder central de controle soberano.

Isso só é possível graças as incríveis e interessantes características e potencialidades do universo digital virtual, que representam não apenas a queda abrupta (à marginalmente de zero) dos custos de produção de um bem, mas também de sua distribuição e circulação, que chegam a transformar a própria noção que tínhamos do trabalho e sua organização<sup>332</sup>.

Como resultado prático, tem-se a disponibilidade de produtos autorais (*softwares*, sites de jornalismo, músicas, livros), sem qualquer tipo de restrição ou

---

<sup>327</sup> Seus mais famosos exemplos são o sistema operacional *Linux* e a enciclopédia colaborativa virtual *Wikipedia*, em que indivíduos realizam voluntariamente “intercâmbios de conhecimento” e agregam constantes melhorias ao projeto. De participação em participação, molda-se e consolida-se o produto final, que permanece mantido aberto e partilhável em rede para infinito processo de aperfeiçoamento.

<sup>328</sup> Permite o acesso livre a periódicos e outros documentos típicos do intercâmbio acadêmico.

<sup>329</sup> Iniciativa de Lawrence Lessing, refere-se a licenças especiais (composta por 14 tipos pré-formatados) em que o criador cede os direitos de fruição e utilização de sua criação sem maiores impedimentos, permitindo maior integração e comunicação com outras obras.

<sup>330</sup> Cfr. Benkler, Y. (2002), 21-27, 46.

<sup>331</sup> Sobre eficiência da organização empresarial, cfr. Coase, R.H. (1937).

<sup>332</sup> Elkin-Koren e Salszberger, utilizando-se das ideias de Benkler, nesse sentido concluem: “Benkler (2002) offers a more profound explanation for what he predicts will become an increasing share of peer-produced information in the overall creative activity. Production of information, knowledge and culture, he argues, no longer requires management by the hierarchy of firms, or the price signals of the market. When projects are modular in the sense that they can be divided into small independently produced components, they can rely on non-monetary motivation of individuals. Large-scale collaborations will be possible as long as diverse motivations can be pooled and merged into a single effort. The low cost of communicating and processing information makes such coordination and integration cost-effective in a way that was unavailable prior to Cyberspace. Benkler concludes that these characteristics of the information economy make it possible for individuals, nonprofit organizations, and community groups to play a significant role in producing informational Works.” – Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 62.

controle de exclusividade, mediante a concertada ação de indetermináveis sujeitos que, ainda que sem um poder central, geram e transformam bens em prol de uma finalidade comum<sup>333</sup>, na lógica que ficou conhecida por «*common-based peer production*»<sup>334</sup>.

Essa nova forma de pensar a geração de informações e a criação autoral em universo virtual representa inclusive outra quebra de paradigma bastante importante. Com o advento da digitalização e novos meios de comunicação, há um notório encurtamento da distância entre os consumidores e produtores, ao se remover uma série de intermediários do processo – transportadores, vendedores, gravadores ou editores –, representando, em última análise, verdadeiro movimento de desintermediação<sup>335</sup>, que, ao determinar a redução de custos de produção, distribuição e transação do bem, retira poder do meio empresarial de geração de conteúdo de massa. Ainda, consumo e produção, nesses moldes de desintermediação, passam a ser alternadamente complementares: produtores e consumidores se revezam e se confundem nestas posições<sup>336</sup>.

Disto não decorre que os indivíduos tendentes a colaborar gratuitamente na formação conjunta de um projeto livre, a rejeitar expressamente os regimes de apropriação às suas obras, ou permitir, e até mesmo incentivar à prática da «pirataria», ajam sem qualquer sorte de incentivos ou desprovidos de interesses, de modo absolutamente altruístico.

Existem dois grandes incentivos por trás do novo paradigma da racionalidade não individualista, consistentes em ganhos hedonísticos e apropriação indireta<sup>337</sup>, conforme visto em item anterior.

O primeiro relaciona-se a satisfação pessoal do agente, ou seja, é a possibilidade de execução de um *hobby* ou simplesmente a consciência e

---

<sup>333</sup> A esse teor: “*The extraordinary success of colossal collaborative projects such as Linux and Apache demonstrated that a complex system on a large scale could be designed and maintained by a sizeable group of unorganized collaborators in a non-proprietary setting. The development of such powerful software, which is non-rival and non-excludable, without any apparent monetary compensation and any guaranteed return for financial investment is challenging the incentives paradigm. Indeed, Mark Smith and Peter Kollock, called Linux ‘the impossible public good’.*” – Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 60-61.

<sup>334</sup> Para mais detalhes, cfr. Benkler, Y. (2002).

<sup>335</sup> *The Allen Consulting Group*, cit. in *The Allen Consulting Group*, (2003), 120.

<sup>336</sup> Cfr. Benkler, Y. (2002), 37-51.

<sup>337</sup> Benkler, Y. (2002), 51ss.

entusiasmo pela realização bem sucedida de um empreendimento criativo<sup>338</sup>. Como vê possível a obtenção de recursos para sua manutenção e formação patrimonial através de outros setores da economia, o criador dá-se ao luxo de abrir mão de poderes exclusivos, preferindo os ambientes gratuitos, colaborativos e expositivos para a circulação da criação (do qual o ciberespaço é local de excelência), em que sua atuação, ainda que não remunerada, torna-se cada vez mais difundida e, portanto, relevante e entusiasmante.

Noutra ponta, os incentivos podem estar atrelados ao entorno invisível de uma criação, como a geração de reputação e prestígio profissional<sup>339</sup>, acesso a determinados meios sociais, participação de certa cultura (a exemplo da cultura *hacker*), alcance de determinados segmentos econômicos, formação de *networking*, e até mesmo ganhos financeiros, ainda que aparentemente não haja conexão imediata e visível com o ato da criação.

Para esses mercados, que funcionam corretamente sem incentivos de apropriação, o encerramento do bem em exclusivos seria medida de marcante ineficiência, impondo-se reconhecer que há ocasiões em que a gestão coletiva será mais eficiente que a particular fragmentada<sup>340</sup>.

Esta visão, que evidentemente não é absoluta<sup>341</sup>, conduz-nos ao reverso da tão alardeada e preocupante «tragédia dos baldios»: Entramos aqui em solo das «comédias dos baldios»<sup>342</sup>, em que a formação de conjuntos de bens de livre acesso pode ocorrer sem a necessidade de captura de incentivos monetários imediatos.

Ao contrário do que admitimos ser uma regra imutável até então, há nesses casos a geração de incalculáveis externalidades positivas, coletadas por «*freeriders*» de todo o mundo, a todo instante, sem que isso conduza à subprodução desses bens.

Os ganhos sociais, nesses casos, são de imensurável eficiência econômica, e, na medida do possível, devem sempre ser incentivados. A aplicação da lógica tradicional de apropriação, em situações que se sustentam de formas não

<sup>338</sup> Moglen dirá que o ser humano pode ter como incentivo o simples prazer de participar de uma atividade de cunho criativo, cit. *in*, Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger, (2004), 61.

<sup>339</sup> Landes W.M & R. Posner (2003), posição *kindle* 1329 de 6932.

<sup>340</sup> Neste sentido Boyle, cit. *in* Araújo, F. (2008), 249.

<sup>341</sup> Veja-se que até mesmo a citada Wikipedia, ícone da desintermediação e produção partilhada em lógica de racionalidade não individualista, frequentemente recorre a pedido de doações para poder manter-se e ampliar seu conteúdo, qualidade e alcance.

<sup>342</sup> Cfr. Araújo, F. (2008), 248ss.

monetárias, só faria aumentar custos, reduzir benefícios e a motivação para participação espontânea dos usuários.

### 3.3.2. Alternativas ao Direito de Autor

É atribuído ao economista Arnold Plant, em estudo de 1934, intitulado “*The Economic Aspects of Copyright in Books*”, os primeiros questionamentos ao dogma da necessidade de proteção legal aos bens autorais, bem como ensaios relativos a formas alternativas de captura de renda pelos seus produtores.

Segundo o autor, – limitando-se ao universo da produção editorial literária –, escritores e editores apresentam uma posição de vantagem perante os realizadores de cópias que os coloca em condição de reverter o quadro de desincentivo mesmo na ausência de mecanismos legais de proteção. A isso convencionou chamar de «*first-mover advantage*».

A «*first-mover advantage*» nada mais seria do que o benefício de tempo que o escritor e editor original teriam por poder fazer a pioneira inserção do produto no mercado, ficando em imediata posição de vantagem perante os copiadores, que necessitariam sempre de prazo superior para copiar e ofertar os produtos «piratas», acabando por fazê-lo apenas quando já estivesse significativamente esgotado o ciclo comercial padrão do produto pelo produtor original<sup>343</sup>.

Ainda, Plant defendeu que o medo dos copiadores de serem comercialmente combatidos pelo produtor original através de agressivas políticas de descontos, ou mediante a oferta de edições mais baratas e efêmeras, passíveis de enfrentar até mesmo o diminuto custo das cópias desautorizadas, inibia a prática. Stephen Breyer foi além e estendeu o raciocínio de Plant a outros objetos passíveis de sofrerem com fotocópias, como jornais e revistas, e até mesmos programas de computador<sup>344</sup>.

Arriscamos inovar, se já não foi inovado por outro autor, em dizer que a «*first-mover advantage*» é, com alguma adaptação, a versão para bens autorais do monopólio temporário que os desenvolvedores de propriedade industrial almejam e

<sup>343</sup> Mary Brandt Jensen demonstra que a maior parte das edições de obras literárias recebe, no primeiro ano de publicação, mais de 90% dos royalties que receberão em todo o seu ciclo econômico. Cit. in, The Allen Consulting Group, (2003), 49.

<sup>344</sup> Stephen Breyer, cit. in The Allen Consulting Group (2003), 41.

alcançam com seus constantes processos de inovação, em tradução da já mencionada «concorrência schumpeteriana».

Ainda que esse raciocínio não seja aplicável a todas as circunstâncias e situações, por inicialmente dizer respeito apenas ao universo da edição de livros e ignorar o ambiente digital em rede (ou seja, livros de capa e papel), seus méritos são inegáveis em identificar que nem toda produção de bens autorais demandará proteção legal para reverter o quadro de subprodução gerado pela natural tendência de «boleia». E sabemos, pelo fato do direito de autor ostentar a difícil tarefa de ser balança entre incentivo e acesso, que, se não houver necessidade de aplicação, sua utilização é desautorizada por motivos de ineficiência.

Feita essa constatação, e na esteira do que já discorremos sobre a quebra, ou ao menos mitigação do paradigma da racionalidade individualista, podemos identificar modelos alternativos de captura de incentivos que, a exemplo do «*first-mover advantage*», podem significar maior eficiência do que o cego apego à aplicação de quadros legais de apropriação ou proteção, quando estes se mostram desnecessários. Esses modelos alternativos podem ocorrer como complementação ao regime legal instituído, ou até mesmo como seus completos substitutos.

O primeiro método alternativo ao direito de autor que importa destacar é a prática de oferta de subsídios, sejam eles estatais ou até mesmo particulares<sup>345</sup> ao fomento da produção cultural, ou a atribuição de prêmios monetários às realizações artísticas e científicas relevantes<sup>346</sup>.

Certo de que são métodos aptos à reversão das falhas de mercado, não se pode deixar de frisar que a destinação dos recursos tenderá a revelar, no cenário de prêmios ou subsídios, as preferências do ente estatal e do patrocinador particular. Assim, não entendemos possível a total substituição de um modelo *copyright* pelos subsídios ou prêmios, cabendo a si apenas um importante papel de complementação do regime legal instituído.

Imaginar um modelo estritamente vinculado a subsídios e prêmios poderia representar um verdadeiro sequestro da produção à apenas aquilo que o partido

---

<sup>345</sup> Conhecido como «mecenato», muito comum nos Estados Unidos, onde há uma forte convenção social que inclina os ricos a oferecerem substanciais patrocínio às artes e ciência. Tem como vantagem direta frente à intervenção estatal, o fato dos doadores monitorarem de perto as organizações, entidades e causas que suportam, com evidentes ganhos em termos de eficiência, boa afetação e redução do desperdício dos recursos. Cooter, R. & T. Ulen (2010), 133.

<sup>346</sup> Cfr. Shavell, S. & T.V.Y. (2001), 525-48.

dominante do momento entendesse ser arte e ciência (muito provavelmente apenas o que se alinhe à sua postura ideológica-partidária, no quesito artes, ou aos seus interesses econômicos imediatos, no quesito fomento às ciências), ou limitação ao que os patrocinadores particulares julguem, na sua exclusiva perspectiva, ser de verdadeira relevância, qualidade e erudição<sup>347</sup>. Ademais, facilmente poderá ser constituído um pernicioso e eterno ciclo de «subsídio-dependência»<sup>348</sup>.

Há também modelos alternativos descentralizados, provenientes do próprio cotidiano do meio artístico, a capturar incentivos de forma intuitiva, como verificado no «*street performance protocol*»<sup>349</sup> ou «*tipping*»<sup>350</sup>, que tornam a criação ou divulgação do produto aos interessados, refém<sup>351</sup> do respectivo financiamento pelos próprios interessados. A alteração dos paradigmas tecnológicos possibilitam ainda maior alcance dessas posturas, podendo inclusive “revelar-se a forma mais eficiente de remunerar o criador, bem como minimizar os custos de imposição e litigância”<sup>352</sup>.

Outro aspecto importante de alternatividade, vinculado ainda com maior vigor ao paradigma tecnológico acima suscitado, diz respeito aos «access control» que a tecnologia pode destinar aos produtos autorais. A mesma evolução tecnológica que permite a ampla e irrestrita cópia e circulação de produtos autorais é a mesma tecnologia que pode possibilitar meios de defesa intrínsecos, aptos a reverter a «boleia» pelo estabelecimento de códigos que funcionam como verdadeiros muros e cercas a impedir o livre acesso ao bem.

---

<sup>347</sup> Não se quer com isso afirmar que o mercado ostente melhores condições de gerar obras de maior qualidade artística ou científica, sendo até mesmo constatável a ocorrência do oposto, inclusive com o gravame de tendência à homegeneização de conteúdos. O mercado, no entanto, permite, ainda que com dificuldade, a entrada caótica de iniciativas dispersas e que respondem a estímulos multilaterais, o que, no longo prazo, pode ser mais democrático do que deixar o financiamento da produção ao encargo de poucos sujeitos e entidades «seletoras».

<sup>348</sup> Araújo, F. (2005), 412.

<sup>349</sup> O criador realiza e mantém a oferta do bem que produz ao público, desde que aufera um montante de incentivo que julga suficiente para assim prosseguir. Explicações de Kelsey, John e Schneier, cit. in Freire, P.V. (2006), 583.

<sup>350</sup> Consoante ideias de Robert Woodhead, trata-se de método de publicação independente, utilizado, por exemplo, pelo escritor Stephen King, no qual os capítulos do livro vão sendo simultaneamente escritos e disponibilização *online* mediante a oferta voluntária dos leitores de \$1 dólar. Na mesma medida que há grande incentivo para o «*freeriding*», há também uma natural organização e concerto entre os interessados para que isso não ocorra, culminando na consolidação e ampliação dos pagamentos e incentivos. Cit. in *The Allen Consulting Group* (2003), 44-45.

<sup>351</sup> Freire, P. V. (2006), 583.

<sup>352</sup> Interpretação de Kelsey, John e Schneier, cit. in Freire, P.V. (2006), 583.



Assim, na visão de alguns autores, como Lawrence Lessig<sup>353</sup>, as tecnologias, até então vilãs, serão a solução dos produtores para controlar e obter a legítima remuneração pela sua criação, fazendo o bem digital voltar à lógica de apropriação e mercado padrão de bens concretos.

Sendo o ciberespaço talvez o mais próximo que tenhamos chegado de um «universo *coaseano* perfeito»<sup>354</sup>, a possibilidade de meios tecnológicos protetivos eficazes faria com que os bens pudessem retornar aos padrões de liberdade de contratação<sup>355</sup>, o que seria muito mais eficiente do que a ameaça de perseguição legal e jurisdicional aos infratores<sup>356</sup> aos moldes de *copyright*.

Há ainda quem defenda a imposição de taxas em maquinário ou mídias destinadas à gravação<sup>357</sup>, que seguiriam aos criadores potencialmente copiáveis como uma espécie de direito complementar de remuneração<sup>358</sup>.

Também pode ser uma alternativa ao direito de autor a prática de venda de produtos casados<sup>359</sup>, como o já citado caso de camisa autografada que segue apenas junto ao «*compact disc*» original, ou exemplos semelhantes.

Por último, não se esqueça das convenções sociais, enraizadas nos costumes, e que levam as pessoas a naturalmente adquirirem produtos autorais pela via que recompensa o produtor, ainda que conscientes da possibilidade de fazer o inverso, e fruir do bem gratuitamente. Seja pela consciência de que não existe “almoço grátis”, pela antecipação de que bens semelhantes, – a qual se sente prazer em consumir –, deixarão de ser produzidos se não forem devidamente financiados, pela aprovação de sua conduta por terceiros e consequente zelo de estima perante os demais, ou até mesmo por sentimentos de culpa do próprio copiadador, muitas vezes não será a existência de uma cominação punitiva o fator mais conducente ao consumo legítimo daquele dado produto autoral<sup>360</sup>.

<sup>353</sup> Cit. in *The Allen Consulting Group*, (2003), 49.

<sup>354</sup> Cfr. Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 92-107.

<sup>355</sup> Boldrin e Levine, cit. in Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 8.

<sup>356</sup> Não se esqueça, entretanto, que sistemas de «*access control*» muito exacerbados vão de encontro aos limites legais de direito de autor.

<sup>357</sup> Joelle Farchy e Fabrice Rochelandet, cit. in, Towse, R., C. Handke & P. Stepan (2008), 8.

<sup>358</sup> Ascensão, J.O. (2008), 327.

<sup>359</sup> Cfr. Varian, H.R. (2005), 121ss.

<sup>360</sup> Tom Tyler identificou os motivos que levam as pessoas a obedecer à lei, em ordem decrescente de prioridade: Moralidade, legitimidade e, por último, o risco de ser pego infringindo a ordem instituída. Cit. in *The Allen Consulting Group* (2003), 43.

Evidentemente, ainda que se mantenham presentes na atualidade, as convenções sociais cada vez mais apontam para o sentido oposto no atual cenário do ciberespaço. Particularmente as novas gerações veem com cada vez maior normalidade a prática da «pirataria», reportando-se caso em que chegam a mobilizar partidos políticos<sup>361</sup> em defesa da «causa da pirataria», que tem como bandeira o mais pleno e livre acesso aos bens autorais dispostos em rede.

### 3.3.3. Salto Tecnológico e Partilha de Ficheiros: Pirataria ou Evolução?

É certo dizer que a Análise Econômica do Direito foi edificada sem levar em consideração a evolução tecnológica da sociedade, assentando no pressuposto que existe só um estágio de desenvolvimento comum aos produtores concorrentes no mercado, partilhado gratuita e universalmente por todos<sup>362</sup>.

Não obstante, os incríveis avanços tecnológicos hoje sentidos, e em grande medida de forma desigual entre os setores econômicos, faz com que não se possa mais considera-lo como fator exógeno de abordagem. Antes pelo contrário, deve ganhar importante destaque e estar no seio de qualquer moderna análise econômica, seja porque influi na noção de eficiência, seja por gerar reflexos diretos na formação e direção legal subsequente<sup>363</sup>.

Isso é ainda mais verdadeiro para o mercado de bens autorais, tendo em vista que a evolução do cenário tecnológico foi o próprio berço do Direito de Autor, e essa correlação não apenas permaneceu válida, como deu a tônica da condução da matéria nas décadas seguintes. Tudo isso faz com que a análise dos objetos tecnológicos circunspectos aos bens autorais seja tão relevante quanto à do produto autoral em si.

Já dentro da moderna concepção de ciberespaço, vemos que o Direito Autoral vem deparando-se com cada vez mais constantes e revolucionárias inovações, que tornaram incrivelmente fluída a digitalização e transmissão *online* de

---

<sup>361</sup> A primeira iniciativa bem sucedida é de um partido sueco, que em 2006 viu ser efetivado o seu registro formal. Atualmente, são mais de 60 países que já contam com focos organizados de atuação da causa, seja partidariamente ou pré-partidariamente. Cfr. [www.pp-international.net](http://www.pp-international.net).

<sup>362</sup> Araújo, F. (2005), 405; Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 98.

<sup>363</sup> Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 98.

ficheiros, entre usuários que simplesmente ignoram as disposições de proibição e resolvem partilhar bens autorais em rede, levando a prática da «pirataria» à quase banalizar<sup>364</sup> o regime legal instituído, ou mesmo firmar-se, socialmente, como algo absolutamente natural.

Consolidada na forma de programas que permitem a partilha descentralizada de ficheiros, ou sistema «*peer-to-peer*», os atuais avanços tecnológicos, mais do que representar um potencial de «*freeriding*», – como fizeram, por exemplo, a invenção da fotocopiadora e do gravador videocassete –, implicam agora variáveis que fogem ao controle e perspectivas tradicionais, chegando até mesmo a subverter os “dados que assentou tradicionalmente a ideia de protecção da propriedade intelectual”<sup>365</sup>.

A própria figura do «*freeriding*», diante de tal «salto tecnológico», sofreu adaptações. Se antes o «*freerider*» analógico copiava bens para sua exclusiva satisfação, ou até mesmo para, às custas do produtor, lucrar vendendo a cópia «pirata» a outrem, aqueles que hoje partilham ficheiros, especialmente os primeiros a disponibilizarem o bem em rede, parecem não ter uma motivação clara para tanto, para além de um anárquico e libertário espírito, traço semelhante ao que motiva a atividade acadêmica<sup>366</sup>.

Sentindo que a ocorrência da lesão e manifestação contundente da «pirataria» havia alcançado magnitudes incalculáveis através desse tipo de programas, a indústria *copyright*, dando um veemente exemplo de que a lei pode ser usada para influenciar a formação tecnológica<sup>367</sup> (o que ocorre também na via inversa), buscou, com fundamentos de direito autoral, a derrubada de tais programas, e a própria limitação da criação e difusão deste novo tipo de tecnologia.

No entanto, ainda que muito se tenha tentado, tudo tem sido feito em vão<sup>368</sup>, especialmente porque a tecnologia que permite a prática da partilha ilegal de ficheiros é a mesma que permite e fomenta a troca de ficheiros lícitos, a exemplo

---

<sup>364</sup> Akster, P. (2004), 155.

<sup>365</sup> Araújo, F. (2005), 408.

<sup>366</sup> D. Quah, cit. in Araújo, (2005), 408.

<sup>367</sup> A esse teor: “*Laws shape technology that in turns forms the information environment either directly or indirectly. Laws may affect technological development and use directly, by defining which technologies are legitimate, and which technologies uses will be prohibited.*” Elkin-Koren, N. & E.M. Salzberger (2004), 102.

<sup>368</sup> Araújo, F. (2005), 408.

das obras caídas em domínio público ou marcadas com licenças abertas, como as «*creative commons*», «*copyleft*» ou programas computacionais «*open source*».

Nesse sentido, anote-se que “destruir esta seria destruir aquela, seria vedar o acesso a tecnologias de difusão e de reprodução digital que constituem benefícios incomensuráveis para o todo da humanidade”<sup>369</sup>, o que impôs e continua impondo complexos limites à guerra que a indústria do *copyright* gostaria de lutar com maior vigor.

É inegável, como demonstramos ao longo do trabalho, que os bens autorais, a princípio, necessitam de alguma sorte de proteção, apta a reverter a natural tendência de subprodução face ao exercício da «boleia». Disso, porém, não podemos inferir que todas as armas podem e devem ser usadas para essa finalidade, sob risco de desvirtuar ainda mais já tão complexa questão, e fazer do Direito de Autor, mais do que um incentivo à produção, verdadeiros «direitos de monopólio intelectual»<sup>370</sup>.

Por certo que ninguém defenderá que os computadores, por serem instrumentos tão essenciais à prática da «pirataria» quanto os próprios programas que permitem a troca ilícita de ficheiros em «*peer-to-peer*», devam ser abolidos em prol da defesa de direitos autorais e do fomento à criação artística, científica ou literária. Por certo também que, por exemplo, a abolição da norma MP3, ou outros formatos que viabilizam verdadeiros «*standards* de pirataria», não seria medida eficiente para a defesa dos legítimos interesses dos criadores, ou incentivo à produção autoral. É mais provável que essa contraproducente medida nada mais representasse do que o conservadorismo e poder de *lobby* de uma indústria que busca manter um modelo anacrônico<sup>371</sup> como única forma viável de geração de artes, ciências e cultura. Sem contar que seria imediatamente substituída por outra tendência advinda do campo tecnológico, formando-se novo «*standard* de pirataria».

---

<sup>369</sup> Araújo, F. (2005), 408.

<sup>370</sup> Araújo, F. (2005), 409.

<sup>371</sup> A esse respeito: “Suponha-se que as grandes editoras discográficas conseguiram, em nome da defesa dos direitos de autor e da repressão da prática das cópias não autorizadas, a abolição da norma MP3 (e suponha-se também, o que é mais difícil, que no espaço de alguns dias essa norma não tenha sido já substituída por outra). Queria isso dizer que a criação artística tinha sido salvaguardada e reincentivada, ou mais simplesmente que as editoras tinha reconstituído o seu cartel à custa dos consumidores e à custa dos próprios criadores?” Araújo, F. (2005), 410.

A atual força e desenvoltura da chamada «Economia Criativa», por outro lado, demonstra que em muita medida as evoluções tecnológicas podem servir aos criadores de bens autorais para criar mais obras e de cada vez maior qualidade.

Com capacidade de geração de um produto com raiz plástica, bem como, principalmente, pelas incríveis possibilidades de circulação que esses bens hoje ostentam, os criadores autorais têm, nesse novo cenário, aptidão para alcançar, com muito mais autonomia, públicos até então inalcançáveis, derrubar intransponíveis barreiras estabelecidas por antigos «*gatekeepers*», e continuar recebendo incentivos nas alternativas formas que visitamos, que vão desde medidas não monetárias, até a própria maximização da recuperação de receitas financeiras.

Isso permite, em grande medida, que o Direito de Autor saia da armadilha criada pelas indústrias *copyright*, de manutenção do citado molde de «*winners takes all economy*», em que poucos fenômenos «*superstars*» usufruem quase toda a base de remuneração capturada perante o público consumidor.

Com relação aos consumidores, os reflexos positivos das inovações tecnológicas são ainda mais visíveis. A uma, porque fomentam a geração cada vez mais heterogênea de conteúdo (em razão da mitigação da acima referida lógica de «*winners takes all economy*»), que beneficia a própria ideia de cultura, arte e ciência como um todo. A duas, por representar certo recobro de “«excedente de bem-estar» que há tempos lhes é negado pelas estruturas monopolistas ou cartelizadas”<sup>372</sup> da indústria *copyright*.

Por último, não custa lembrar que as próprias inovações, por também serem bens de informação, sofrem com o mesmo problema de falhas de mercado dos bens autorais, e, tanto quanto estes, pedem medidas protetivas para reverter a tendência de «boleia». Não há, nesse sentido, qualquer razão coerente para a defesa de um lado em detrimento do outro, tampouco há precedente histórico que autorize uma tecnologia ser rechaçada simplesmente pela manutenção forçada e artificial de qualquer modelo de negócio que seja.

---

<sup>372</sup> Araújo, F. (2005), 410.

## CONCLUSÃO

O Direito de Autor pode ser estudado através das mais variadas perspectivas, cada qual com suas vantagens e limitações. Optamos por uma abordagem afeita às ciências econômicas, emprestando ao tema o caráter aparentemente mais científico que se liga a essa forma do conhecimento humano, e que promete, em grande medida, desanuviar falsas certezas e dogmas sabidamente circunspectos a matéria autoral.

Comprovado campo fértil de aplicação de suas intuições, enxergamos na Análise Econômica do Direito uma boa ferramenta para perscrutar o âmago do Direito de Autor, – seus fundamentos, racionalidade e eficiência por trás de cada uma das lógicas que lhe são inerentes – assim como descobrir os reais impactos que a prática da «pirataria» reverte nos atuais moldes de produção e consumo de bens autorais, indissociáveis dos constantes avanços tecnológicos que os permeiam.

Superada a exposição do «*estado da arte*» da Economia do Direito de Autor e utilizado as suas deduções para compreender com maior realismo os impactos econômicos da «pirataria», vemo-nos em condição de desapassionadamente concluir pela medida de eficiência no estabelecimento, enrijecimento ou abrandamento dos exclusivos de autor, seja na interpretação e formação legislativa, seja pela maior ou menor tolerância com os critérios de configuração e combate a «pirataria». Antes, porém, destaquemos as importantes conclusões intermediárias que se alcançou no desenvolvimento do trabalho.

Assim como para com as informações em geral, verificamos que o mercado para bens autorais tende a falhar, por guardarem os produtos intelectuais características de bens públicos e serem geradores de externalidades positivas. Isso faz com que os seus criadores, à margem dos sistemas de preços, não consigam recuperar os incentivos que despenderam na produção, o que naturalmente conduz essa categoria de bens à «tragédia dos baldios».

Para não deixar a reversão da tendência de subprodução autoral a cargo apenas de subsídios estatais, mecenato ou premiações, o Direito de Autor surge, mediante a atribuição de «*property rights*», como um arranjo institucional apto a

reconduzir esses bens à lógica dos mecanismos de preços, e retornar sua produção a patamares de eficiência social, pelas mãos do próprio mercado.

A racionalidade econômica existente por trás dos quadros de *copyright*, neste sentido, para além de fomento à redução de custos de transação, guarda principal relação com o estímulo à inovação e criação de bens autorais.

Ocorre que, na mesma medida em que garante o estímulo à produção de bens intelectuais, o mesmo Direito de Autor, benéfico nesse espectro, passa a gerar também um acentuado custo social, verificado na limitação de uso da criação a todos aqueles que podiam pagar o valor marginal de sua reprodução, mas não o inelástico preço pedido, artificialmente mantido em tais patamares apenas pelo estabelecimento dos direitos de exclusivos.

Decorrência direta do fator acima é que o Direito de Autor, mais do que tratar-se, portanto, de um estanque e unilateral mecanismo de estímulo à criação autoral e redução de custos de transação, desempenha também, e especialmente, importante e complexo papel de balança entre incentivo e acesso a bens intelectuais.

Sabendo-se que o aumento de qualquer um desses fatores só pode ser realizado em detrimento do outro, pudemos perceber que, de um modo genérico, a defesa de um grau muito acentuado de Direitos de Autor – que pode ocorrer desde o aumento nos critérios de extensão temporal, à maior restrição, por exemplo, da interpretação do alcance do «*fair use*» – pode ser tanto mais maléfico quanto a própria ausência ou excessiva mitigação de critérios protetivos, e transformar o que antes era «tragédia dos baldios» em uma igualmente «tragédia», desta feita dos «anti-baldios».

Pela ótica da mais específica «*Economia da Cópia*», que coloca tônica nos paradigmas tecnológicos, na indústria formada entorno ao *copyright* e na cópia como «produto», enfrentou-se também a questão da «pirataria», tradução prática do efeito «boleia», e que significa uma ruptura ilícita e forçada das citadas restrições de uso impostas pelos quadros de Direitos Autorais.

O combate à «pirataria» é preocupação corrente dos meios empresariais que editam e distribuem «produtos autorais» desde os seus primórdios. Verificamos, entretanto, que até o advento da digitalização e internet, pouco ou quase nada das excessivas queixas da indústria *copyright* se confirmaram na prática, tendo o setor, e autores dele dependentes, mantido suas prerrogativas econômicas através do regular exercício de Direitos Autorais sem maiores impedimentos até então.

O advento do ciberespaço, entretanto, pela primeira vez parece ter colocado em verdadeiro cheque não apenas o modelo de negócio padrão da indústria *copyright*, como a própria concepção que temos de Direitos Autorais.

Nesse cenário, a «pirataria», até então de efeitos negativos mitigados, foi elevada a patamares de incalculável magnitude pela consolidação do uso de sistemas descentralizados «*peer-to-peer*», que na mesma medida em que servem à troca ilícita de ficheiros, também concorrem com a disseminação de conteúdos legítimos, o que torna impossível ou ao menos inviável a coibição de seu uso.

Não obstante, perquirindo os efeitos econômicos realmente vertidos pela prática da «pirataria», pudemos perceber que nem sempre os seus reflexos atrapalharão a constituição e fruição eficiente de obras autorais, objetos primeiros do Direito de Autor, que foi estendido à indústria *copyright* apenas como consequência de organização da produção.

Ao contrário, verificou-se que a prática da «pirataria», especialmente diante dos novos paradigmas tecnológicos, pode muitas vezes acabar por reverter benefícios ao negócio do *copyright* como um todo, como no caso das externalidades de rede, ao criador de conteúdo autoral primário, a exemplo das situações de apropriação indireta, ou ao próprio mercado de forma genérica, pelo auxílio na superação das assimetrias informativas, naturais ao meio autoral e da informação.

O salto tecnológico do ciberespaço exerceu também importante influência sobre a questão dos incentivos, concorrendo com uma radical mudança de paradigmas. Neste cenário interconexo, fluído e descentralizado, ao contrário da tradicional lógica da racionalidade individualista, parece imperar nova lógica de racionalidade não individualista, em que os autores de obras artísticas, científicas e literárias começam a prescindir dos modelos mediados, e passar a ser cada vez menos afetados pela livre e desimpedida circulação do bem ou até mesmo ocorrência da «pirataria».

Ao optar por situar a criação e sua distribuição através dos alternativos ou subsidiários modelos que visitamos, esta nova realidade de produção autoral consegue ver no *copyright* apenas um complemento a outras formas passíveis de se capturar incentivos (que inclusive não precisam estar expressos em razão de moeda), e não mais sua única e absoluta «boia de salvação». Em alguns específicos casos, chega até mesmo a definir sua completa rejeição.



Nessas situações, manter cego apego a Direitos de Autor cada vez mais rígidos ou a controles de circulação de bens e coação extremada da «pirataria» (através, por exemplo, da perseguição legal dos meios tecnológicos que a viabilizam), pode terminar por significar apenas injustificados óbices, tanto à criação quanto à fruição eficiente do bem intelectual.

Não se defende com essa análise uma apologeticamente anárquica e irrestrita prática da «pirataria», tampouco uma ressentida propaganda de derrocada da indústria *copyright*, mas apenas que se deve sempre tentar reconduzir o Direito de Autor para o correto desempenho de seu papel fundamental. Destinar mais apropriação e esforços «anti-pirataria», por exemplo, a casos como o das «Comédias dos Baldios», são indicativos de suma ineficiência econômica e social.

O que abertamente entendemos inadequado é que os Direitos de Autor, e a ameaça constante do enrijecimento dos meios de controle da «pirataria», sirvam para aumentar os já intensos processos monopolísticos de um determinado modelo de negócio, e nada mais fazerem do que driblar um eventual e inevitável processo de «destruição criativa», buscando inclusive frear e desconstituir progressos tecnológicos que representam incomensuráveis benefícios sociais em nome de uma pretensa defesa da criação autoral.

Em verdade, as tecnologias e o ciberespaço estão a desempenhar um importante papel de redutor dos custos de transação por toda a cadeia autoral, e abrindo vias para que emergjam novos modelos de negócio cada vez mais eficientes, tanto para os produtores, quanto para os consumidores de bens intelectuais. O Direito de Autor não pode ser obstáculo a essa evolução.

Sabe-se, afinal, que máxima proteção, ainda que voltada ao fomento à produção, não pode significar proteção completa e absoluta<sup>373</sup>. Tanto quanto para o exemplo da poluição referido no início do trabalho, concluimos existir um nível ótimo também de «pirataria», mais eficiente do que o cenário em que se alcança a sua completa proibição.

Acreditamos, assim, ao final desse estudo, que o Direito de Autor estará alinhado com a eficiência econômica, seja na interpretação ou formação legislativa, seja na configuração e definição dos limites de combate à «pirataria», na medida em que traduzir corretamente a seguinte fórmula  $B - (p + c) > 0$ <sup>374</sup>, em que «B»

<sup>373</sup> Landes W.M & R. Posner (2003), posição *kindle* 1306 de 6932.

<sup>374</sup> Delineada em Landes, W.M & R. Posner, (1989), 326.

representa os benefícios do sistema, «p» a perda de bem estar coletivo e «c» os custos de proteção e administração do direito.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Afonso, Otávio (2009), *Direito Autoral: Conceitos Essenciais*, Barueri, Editora Manole

Akester, Patrícia (2004), *O Direito de Autor e os Desafios da Tecnologia Digital*, Cascais, Principia

Allen Consulting Group, The (2003), *Economic Perspectives on Copyright Law*, Sidney, Centre for Copyright Studies Ltd

Alonso, Jorge & Richard Watt (2003), “Efficient Distribution of Copyright Income”, in Gordon, Wendy & Richard Watt (orgs.), *The Economics of Copyright Development in Research and Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar

Alvarez, Alejandro Bugallo (2006), “Análise Econômica do Direito: Contribuições e Desmistificações”, *Direito, Estado e Sociedade*, 29/9

Araújo, Fernando (2005), *Introdução à Economia*, 3ª ed., Coimbra, Almedina

Araújo, Fernando (2007), *Teoria Económica do Contrato*, Coimbra, Almedina

Araújo, Fernando (2008), *A Tragédia dos Baldios e dos Anti-Baldios: O Problema do Nível Ótimo de Apropriação*, Coimbra, Almedina

Arrow, Kenneth J. (1962), “Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention”, in Groves, Harold M. & Universities-National Bureau Committee for Economic Research, *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton, Princeton University Press

Ascensão, José de Oliveira (2001), “A Sociedade da Informação”, in Ascensão, José de Oliveira, Coimbra, Almedina

Ascensão, José de Oliveira (2003), “O «Fair Use» no Direito Autoral”, in AA.VV., *Direito da Sociedade da Informação, IV*, Coimbra, Coimbra Editora

Ascensão, José de Oliveira (2003b), *Propriedade Intelectual e Internet*, texto correspondente à Conferência pronunciada na II Ciberética, Florianópolis, disponível <http://www.fd.ulisboa.pt/Portals/0/Docs/Institutos/ICJ/LusCommune/AscensaoJoseOliveira1.pdf>

Ascensão, José de Oliveira (2008), *Direito Civil, Direito de Autor e Direitos Conexos*, Coimbra, Coimbra Editora

Barbosa, Denis Borges (2010), *Uma Introdução à Propriedade Intelectual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris disponível online através de licença CC em [http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros\\_digitais.html](http://www.denisbarbosa.addr.com/paginas/livros/livros_digitais.html)

Barbosa, Denis Borges (2013), *Uma Economia do Direito Autoral*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, disponível online em [http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma\\_economia\\_direito\\_autoral.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/propriedade/uma_economia_direito_autoral.pdf)

Barzel, Yoram (1997), *Economic Analysis of Property Rights*, New York, Cambridge University Press

Becker, Gary S. (1968), “Crime and Punishment: An Economic Approach”, *Journal of Political Economy*, 76/2

Belleflamme, Paul (2003), “Pricing Information Goods in the Presence of Copying”, in Gordon, Wendy & Richard Watt (orgs.), *The Economics of Copyright Development in Research and Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar

Benkler, Yochai (2002), “Coase’s Penguin, or, Linux and The Name of the Firm”, *Yale Law Journal*, 112

Brown, C.V. & P.M Jackson (1990), *Public Sector Economics*, 2ª ed., Oxford, Blackwell

Chaves, Antônio (1991), “Lei Aplicável para Aplicação das Sanções (Definição do país de origem. Duração da proteção. Restrições em virtude da origem da obra)” *in* Nazo, Georgette N. (org.) (1991), *A Tutela Jurídica do Direito de Autor*, São Paulo, Saraiva

Coase, Ronald. H (1937), “The Nature of the Firm”, *Economica*, 4/15

Coase, Ronald H. (1960), “The Problem of Social Cost”, *Journal of Law and Economics* 3/1

Coase, Ronald H. (1974), “The Lighthouse in Economics”, *Journal of Law and Economics*, 17

Coelho, Fábio Ulhoa (2012), *Curso de Direito Civil*, 4ª ed., vol. 4, São Paulo, Saraiva

Cooter, Robert & Thomas Ulen (2010), *Direito e Economia*, 5ª ed., Porto Alegre, Bookman

Dantas, San Tiago (1977), *Programa de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Editora Rio

Dworkin, Ronald. M (1999), *O Império do Direito*, São Paulo, Martins Fontes

Dworkin, Ronald. M (2000), *Uma Questão de Princípio*. São Paulo, Martins Fontes

Dworkin, Ronald. M (2005), *A Virtude Soberana: Teoria e Prática da Igualdade*, São Paulo, Martins Fontes

Economides, Nicholas (1995), “The Economics of Networks”, *New York University Working Paper No. EC-94-94*, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1719>

Elkin-Koren, Niva & Eli M. Salzberger (2004), *Law, Economics and Cyberspace: The Effects of Cyberspace on the Economic Analysis of Law*, Cheltenham, Edward Elgar

Faraco, Alexandre Ditzel & Fernando Muniz Santos (2005), “Análise Econômica do Direito e Possibilidades Aplicativas no Brasil”, *Revista de Direito Público da Economia*, 9/3

Faralli, Carla (2006), *A Filosofia Contemporânea do Direito: Temas e Desafios*, São Paulo, Martins Fontes

Farchy, Joëlle & Fabrice Rochelandet (2003), “Self-help systems: Good Substitutes for Copyright or New Barriers of Competition?” in Gordon, Wendy & Richard Watt (orgs.), *The Economics of Copyright Development in Research and Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar

Franco, Gustavo H. B. (2012), *As Leis Secretas da Economia: Revisitando Roberto Campos e as Leis do Kafka*, Rio de Janeiro, Zahar

Frank, Robert H. & Philip J. Cook (1996), *The Winner Take All Society*, New York, Penguin Books

Freire, Paula Vaz (2006), “A Produção Privada de Bens Públicos”, in AA.VV., *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Professor Doutor António de Sousa Franco*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, III, Coimbra, Coimbra Editora

Friedman, David D. (2000), *Law's Order: What Economics has to Do with Law and Why It Matters*, Princeton, Princeton University Press

Gordon, Wendy J. (1992), “Asymmetric Market Failure and Prisoner's Dilemma in Intellectual Property”, *University of Dayton Law Review*, 17/3

Gordon, Wendy & Richard Watt (orgs.) (2003), *The Economics of Copyright: Development in Research and Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar

Hui, Kai-Lung & Ivan P. L. Png (2002), "Piracy and the Legitimate Demand for Recorded Music", National University of Singapore, School of Computing, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=262651>

Johnson, William R. (1985), "The Economics of Copying", *Journal of Political Economy*, 93

Landes, William M. & Richard Posner (1987), "Trademark Law: An Economic Perspective", *Journal of Law and Economics*, 30.

Landes, William M. & Richard Posner (1989), "An Economic Analysis of Copyright Law", *Journal of Legal Studies*, 18/2

Landes, William M. & Richard Posner (2003), *Economic Structure of Intellectual Property*, kindle edition, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press

Lara, Fabiano Teodoro de Rezende (2010), *Propriedade Intelectual: Uma Abordagem pela Análise Econômica do Direito*, Belo Horizonte, Del Rey

Leitão, Luís Manuel Teles de Menezes (2011), *Direito de Autor*, Coimbra, Almedina

Liebowitz, Stan J. (2003), "Back to the Future: Can Copyright Owners Appropriate Revenues in the Face of New Copying Technologies?", in Gordon, Wendy & Richard Watt (orgs.), *The Economics of Copyright Development in Research and Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar

Liebowitz, Stan J. (2008), "Testing File-Sharing's Impact by Examining Record Sales in Cities", *Management Science*, 54/4, disponível em SSRN: <http://ssrn.com/abstract=829245>

Macedo, Mário & Manuel Lopes Rocha (1996), *Direito no Ciberespaço*, Lisboa, Cosmos

Malloy, Robin Paul (2004), *Law in a Market Context*, Cambridge, Press Syndicate of the University of Cambridge

Mankiw, N. Gregory (2001), *Introdução à Microeconomia: Princípios de Micro e Macroeconomia*, 2ª ed., Rio de Janeiro, Elsevier

Marques, Garcia & Lourenço Martins (2006), *Direito da Informática*, 2ª ed., Coimbra, Almedina

Merges, Robert P. (1995), “The Impact of Intellectual Property Rights: An Overview and Guide”, *Journal of Cultural Economics*, 19

Novos, Ian E. & Michael Waldman (1984), “The Effects of Increased Copyright Protection: An Analytic Approach”, *Journal of Political Economy*, 92

Pereira, Alexandre Dias (2001), *Informática, Direito de Autor e Propriedade Tecnológica*, Coimbra, Coimbra Editora

Pietropaolo, João Carlos (2010), *Limites de Critérios Econômicos na Aplicação do Direito: Hermenêutica e Análise Econômica do Direito*, Tese (Doutorado em Filosofia e Teoria Geral do Direito) – Faculdade de Direito da USP.

Posner, Richard A. (2003), *Economic Analysis of Law*, 5ª ed., New York, Aspen

Posner, Richard A. (2007), *The Little Black Book of Plagiarism*, New York, Pantheon Books

Schumpeter, Joseph A. (1950), *Capitalism, Socialism and Democracy*, New York, Harper & Row

Shavell, Steven & Tanguy van Ypersele (2001), “Rewards versus Intellectual Property Rights”, *Journal of Law and Economics*, 44



Sherwin, Rose (1981), "The Economics of Superstars", *American Economic Review*, 71

Stigler, George J. (1992), "Law or Economics?", *Journal of Law and Economics* 35

Stiglitz, Joseph E. (1988), *Economics of the Public Sector*, 2<sup>a</sup> ed., New York, Norton

Sunstein, Cass R. (1990), *After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge, Harvard University Press  
Calabresi, Guido (1961), "Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts", *Yale Law Journal*, 70

Tekeyama, Lina N. (2003), "Piracy, Assimetric Information and Product Quality" in Gordon, Wendy & Richard Watt (orgs.), *The Economics of Copyright Development in Research and Analysis*, Cheltenham, Edward Elgar

Towse, Ruth, Christian Handke & Paul Stepan (2008), "The Economics of Copyright Law: A Stocktake of the Literature", *Review of Economics Research on Copyright Issues*, 1/5

Trabuco, Cláudia (2006), *O Direito de Reprodução de Obras Literárias e Artísticas no Ambiente Digital*, Coimbra, Coimbra Editora

Varian, Hal R. (2005), "Copying and Copyright", *Journal of Economics Perspectives*, 19

Veljanovski, Cento (1994), *A Economia do Direito e da Lei: Uma Introdução*, Rio de Janeiro, Instituto Liberal